This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

NEW YORK PUBLIC LIBRARY

PURCHASED FROM THE

JACOB H. SCHIFF FUND

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

322689

CHOIX SPLENDIDE

# DE PRÉCEPTES

CUEILLIS DANS LA LOI

---

# PETIT MANUEL

DE DROIT IMMOBILIER

**Suivant les deux rites musulmans orthodoxes de la régence de Tunis**

Traduit sur la première édition du texte arabe

Imprimé à Tunis en l'an de l'hégire 1301

ET ANNOTÉ PAR

A. GOGUYER

PARIS

MAISONNEUVE et LECLERC

25, QUAI VOLTAIRE, 25

TUNIS

V. BRUN, LIBRAIRE

RUE DE LA COMMISSION

1885

Digitized by Google

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
322689
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
1903

Digitized by Google

# AVERTISSEMENT DU TRADUCTEUR

*L'opuscule que j'ai entrepris de mettre à la portée des Européens de Tunisie, presque tous intéressés à connaître la jurisprudence, ou plutôt les deux jurisprudences en vigueur dans la Régence, ne leur est pas inconnu.*

*Une première traduction en a été publiée, d'abord dans l'Officiel tunisien, puis sous forme de brochure, sans qu'il m'ait été possible d'en connaître l'auteur. Cela ne devrait d'ailleurs pas influer sur mon appréciation. Pour un travail de première main, et eu égard aux difficultés du sujet, il faut féliciter l'auteur, d'abord d'avoir osé entreprendre cette tâche, d'y avoir généreusement appliqué ses efforts, sans l'espoir d'aucune récompense, fût-ce même d'une modeste célébrité, puis enfin d'avoir en somme relativement réussi.*



Digitized by Google

*On ne dirait pas qu'il se soit préoccupé de chercher l'explication de formules laconiques et souvent inexplicables en elles-mêmes, dans les commentaires juridiques où elles se trouvent amplifiées et éclaircies. Cela doit être la cause d'un grand nombre de ses fautes.*

*J'ai fait de mon mieux pour éviter cette cause d'insuccès; j'ai feuilleté avec acharnement les quelques livres que je possède pour y chercher le sens simplement indiqué, suivant l'usage des auteurs arabes, et quelquefois pour préciser l'acception juridique d'un simple mot dont les dictionnaires ne donnent que l'emploi commun.*

*Si je n'ai pas entièrement réussi, cela tient surtout à l'exiguité de mes ressources. Depuis un an et demi que je suis à Tunis, il m'a été impossible d'être admis dans les bibliothèques arabes de la ville. Je n'ai même jamais pu savoir qui s'y opposait. Le farouche dragon, qui veille à l'entrée du trésor, m'est resté inconnu. Je soupçonne seulement en lui un protecteur ardent, plus ardent sans doute qu'éclairé, de la religion musulmane. Qu'il se fasse alors expliquer les passages suivants sur l'admission des mécréants dans les mosquées:* Rah., *chap. de la Capitation; même chapitre dans le* Durr., *avec les*

Digitized by Google

*notes*; Baydâwî, *Coran IX*, 28; Kh. Dass., *chap.* I, *sect.* 7.

*Et alors il verra, le jaloux et rigoureux gardien..... du sérail, que les malikites eux-mêmes sont moins sévères que lui, pour admettre dans certains cas les* roumis (*dont je le soupçonne grandement de faire partie aussi bien que moi*) *dans les lieux mêmes consacrés à la prière. Mais ce qu'on ne lui montrera pas, c'est un texte sur lequel il puisse appuyer sa prohibition impitoyable, à l'encontre d'une petite douzaine de non musulmans que cela intéresse, d'être admis dans les lieux ouverts au public musulman pour ses études.*

Tunis, le 3 octobre 1884.

A. G.

Digitized by Google

Digitized by Google

# OUVRAGES CITÉS

## EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

Am. — Al'amaliyyâtu-l-'âmmah, traité malikite des solutions appuyées sur les jurisprudences de divers pays musulmans. Tunis 1290.

Durr. — Addurru-l-mukhtar, commentaire de Haskafî sur le Tanwîru-l-absâr, ouvrage hanafite très-estimé, publié avec notes de Ibnu-'Abidîn. Constantinople 1294. = Dúrr. n. — renvoi aux notes de cet ouvrage.

Kh. — Khalîlu-bnu-Ishâq, auteur du manuel de droit laïque et religieux le plus estimé dans le rite malékite. Il en existe une traduction avec commentaire, par le docteur Perron (Paris 1848-1852) et feu M. Seignette a publié une nouvelle traduction de la partie la plus importante de l'ouvrage (Constantine 1878) ; cette dernière a pour principal avantage d'être intelligemment découpée en articles numérotés auxquels je renvoie pour les citations tant du

Digitized by Google

texte que des commentaires ; à part cela elle est généralement difficile à comprendre, moins fidèle que celle de Perron, et les termes techniques que celui-ci avait évités, le plus souvent sans doute à dessein, y sont quelquefois employés peu exactement. = Kh. Dass. — renvoi aux notes de Dassûqî, et : Kh. Dir. — renvoi au commentaire de Dirdîr sur le même ouvrage.

Rah. — Rahmatu-l-ummah, traité de droit comparé dans les quatre rites orthodoxes.

Tuh. — Tuhfatu-bni-'Acim, traité de droit malikite en vers. MM. Houdas et Martel en ont publié une traduction avec commentaire, qui s'arrête malheureusement à la moitié de l'ouvrage. — Tuh. T. — renvoi au commentaire de Muhammadu-t-tâwudî-bnu-Sûdah, sur le même livre.

Digitized by Google

Au nom de Dieu clément, miséricordieux.

*Que Dieu favorise notre seigneur Mohammed et sa famille, et les protège.*

La louange à Dieu qui a éclairé avec le flambeau des sciences juridiques les ténèbres des parties confuses de la loi, et a préposé à la solution de ses difficultés, des guides portant dans leur droite le drapeau des docteurs éminents.

Faveurs et protection à celui que Dieu a envoyé, porteur de la doctrine indulgente, ainsi que sur sa famille et ses compagnons, qui ont élevé le monument de la Religion sur un piédestal sublime.

Ensuite nous ne dirons rien de nouveau en avançant que la science du droit est une science noble, dont on a besoin dans les cas les plus nombreux, surtout en ce qui concerne les contrats les plus fréquents de notre société, comme les contrats de vente définitive [1], de vente à réméré [2] c'est-à-dire vente rachetable, [3] et au-

[1] *Elbie-l-batt.*
[2] *Bie-t-tounya*, vente avec réserve.
[3] *Bie-l-wafâ.*

Digitized by Google

tres analogues. L'importance qui s'y rattache nous a fait concentrer toutes nos préoccupations dans le choix de notes utiles qui correspondent à ce but. Nous leur avons donné le titre de : *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi* [1], et nous les avons fait précéder d'une introduction portant sur trois des règles qui sont en vigueur dans la régence de Tunis.

[1] Ces titres, qui nous semblent prétentieux, sont autorisés par l'usage dans la littérature arabe.

Digitized by Google

# INTRODUCTION

1re règle. — Une des règles en vigueur à Tunis et dans le reste de la Régence, c'est que les jugements, rendu par le juge hanafite ou le juge malikite, sont également exécutoires [1].

[1] Ce n'est pas assez dire, car rien ne peut empêcher l'imam, c'est-à-dire le chef spirituel et temporel de la Tunisie, de nommer des câdis appartenant aux deux autres rites (Kh. 1403). La vérité est seulement qu'un jugement prononcé dans une certaine affaire, d'après l'un des quatre rites orthodoxes, ne saurait être réformé par un autre câdi ou par son auteur lui-même d'après une autorité d'un rite différent. C'est la seule expression que l'on connaisse en droit musulman de l'autorité de la chose jugée (Kh. 1479). Tout jugement rendu par un juge, contrairement à l'opinion la plus généralement admise dans son rite, pourra toujours être réformé (Kh. 1388, 1471), à plus forte raison le pourra-t-il être s'il est rendu contrairement à tous les rites,



Digitized by Google

2me règle. — Quand une affaire a commencé à être exposée devant le juge d'un rite, le défendeur ne peut plus être autorisé à transférer l'affaire devant le juge de l'autre rite. Mais lorsque, l'affaire étant soumise par le demandeur au juge d'un rite, le défendeur, avant qu'il y ait eu commencement d'exposition devant ce juge, demande le renvoi devant le juge du rite différent, cela ne peut lui être refusé[1].

3me règle. — Les sujets étrangers dont les

comme celui qui serait basé sur le témoignage d'un mécréant contre un musulman (Kh. 1473).

Il est bien entendu que le juge doit être musulman, ce qui est compris dans la qualification de *adel* (Kh. 1385). Le Sultan nomme des câdis druzes et chrétiens en Syrie, mais leur juridiction ne saurait s'étendre aux musulmans (Durr. n. IV, 463).

[1] Voici une conséquence. Vous achetez une propriété sans subterfuge (question II) ; votre voisin veut exercer la préemption (43, 3°) ; vous êtes défendeur et disposé à aller devant le câdi malékite qui ne reconnaît pas cette cause de préemption. Mais que votre adversaire parvienne à vous expulser, même par violence, de l'immeuble en cause, et qu'il s'y installe, vous ne ne pourrez plus l'attaquer sans que les rôles soient renversés, et, en qualité de défendeur, il ira chez le câdi hanafite, qui lui donnera raison. En réalité son seul droit était le droit du plus fort. Telle est l'histoire de l'Enfida.

Or, c'est justement l'opinion contraire qui est admise généralement dans les deux rites. La coutume tunisienne en constituerait-elle un autre ? — (Kh. 1104. Durr. IV, 646).

Digitized by Google

gouvernements ont bien voulu conclure des traités avec le Gouvernement tunisien en ce qui concerne la propriété des constructions et biens fonciers[1], se trouvent soumis aux conditions prescrites par ces traités. L'une de ces conditions consiste en ce que les contrats, en la matière susdite, doivent satisfaire aux prescriptions desdits traités, de telle sorte que, si une vente quelconque d'immeuble a été conclue sans l'intervention des adels[2], autorisés par décrets à faire les cons-

[1] Le *'akâr*, d'après Kh. Dir. 1698, signifie : « La terre et tout ce qui y est joint en fait de constructions et plantations. » L'expression de l'auteur n'est donc pas une redondance, car beaucoup de constructions sont indépendantes, sous le rapport de la propriété, des terrains sur lesquels elles sont élevées.

[2] Le mot arabe *'adel* a été adopté pour exprimer par convention ce qui devrait se traduire en français par : « Un témoin d'honorabilité incontestable, choisi par l'Autorité pour constater avec toute l'authenticité qu'un témoignage peut avoir en droit musulman, des faits de toute nature, à la requête des parties ou du juge. » Les Algériens, grâce à une pratique ancienne des choses musulmanes, dont on ne paraît guère vouloir tenir compte en Tunisie, ont reconnu depuis longtemps qu'il y a de la différence entre semblables fonctionnaires et les notaires européens. C'est cependant ce titre de notaire qui leur est donné officiellement en Tunisie.

On appréciera les principaux inconvénients de l'institution dans les ouvrages spéciaux, au chapitre du témoignage. Le *adel* officiel, par exemple, bien qu'il soit par le fait un témoin d'honorabilité exceptionnelle, *moubarriz*, peut encore

Digitized by Google

tatations pour le public, comme par exemple lorsque l'acheteur s'est contenté de la signature du vendeur, ou que son acte a été dressé sans constatation des adels, fût-il même scellé d'un cachet spécial ou signé d'un fonctionnaire, tout cela est absolument sans valeur. Pour que pareils contrats fassent autorité, il faut qu'ils soient complétés par le ministère des adels, conformément aux règles consacrées par la pratique dans la Régence, en ce qui concerne les prescriptions des décrets susvisés. Il est évident, en effet, que l'emploi de tout autre procédé est interdit aux contractants, de même que si quelqu'un prend connaissance de contrats qui ne remplissent pas les conditions prescrites, il lui est interdit de leur attribuer aucune valeur[1].

voir ses témoignages (ses actes) attaqués pour cause de parenté ou inimitié (Kh. 1547) ; ces sortes de constatation ne font foi que jusqu'à preuve du contraire (Kh. 1453 ; 1659 ; Tuh. 80 ; 198) ; les auteurs de ces soi-disant actes, qui sont de véritables témoins, et en portent le nom dans leur langue, peuvent se rétracter sans qu'il en résulte des conséquences bien graves pour eux-mêmes (Kh. 1621 ; Tuh. 134).

On peut voir dans Am. 481, l'affirmation explicite qu'il y a identité entre les *témoins de profession* et les autres. Le germe de l'institution se trouve dans le Coran, ch. II, v. 282.

[1] La raison pour laquelle le gouvernement tunisien exige encore aussi instamment l'exécution de cette clause, c'est qu'il est resté gouvernement religieux et que la prohibition

Digitized by Google

d'accepter le témoignage d'un mécréant contre un musulman est une des plus graves de la loi musulmane. (Durr. IV, 582 et s. s. ; Kh. Dir. 1526 ; Kh. Dass. 1473).

Le mécréant (*kafir*, nom juridique des gens étrangers à la communion musulmane), si même il est juif ou chrétien, ne vaut en matière de prix du sang que la moitié d'un musulman (Kh. 1801) ; un musulman, même esclave, ne peut jamais être puni de mort pour meurtre d'un mécréant, tandis que le meurtrier mécréant est toujours passible de la peine capitale (Kh. 1703, 1711). Un musulman ne peut être poli avec un mécréant que s'il y a inconvénient pour lui à ne pas l'être ; agir autrement serait une apostasie (Durr. n. III, 424).

Toutes les religions, il est vrai, ont leur manière d'être intolérantes, mais il n'y a plus d'autre religion d'état que celle-ci, il n'y a plus de Zouaves pontificaux à Rome.

Quand donc les Européens ne seront-ils plus tenus de se présenter, comme maintenant, dans tous leurs procès en matière immobilière, devant le juge religieux ? Ils n'iraient certainement pas volontiers plaider devant un évêque, et l'histoire montre en pages sanglantes comment l'esprit laïque a gagné les sociétés modernes. Et on nous fait juger par un prélat musulman ! Et c'est après avoir soustrait nos soldats aux services religieux, que l'on soumet leur élite, ce qu'il y de plus aimé et de plus populaire dans notre chère armée, à parader, aux fêtes musulmanes, devant le pontife d'une religion étrangère.

Digitized by Google

Digitized by Google

# CHOIX SPLENDIDE

DE

## PRÉCEPTES CUEILLIS DANS LA LOI

---

### PREMIÈRE PARTIE

—

*Lettre de Monseigneur*[1] *Ahmed fils d'Elkhôdja, cheykh-el-islam du rite hanafite, dans la régence de Tunis.*

Au nom de Dieu, clément, miséricordieux.

Que Dieu favorise notre seigneur Mohammed le généreux, sa famille et ses compagnons, et leur accorde toute protection.

[1] J'ai réduit à ceci un titre démesurément allongé par des épithètes élogieuses à l'adresse de l'auteur. C'est un usage de politesse servile qui a trop longtemps régné en Europe pour que nous ayons le droit de nous en moquer. Je dirai toutefois à cette occasion que si nous ne demandons pas aux Tunisiens pour nos fonctionnaires français les appella-

Digitized by Google

C'est Toi que nous adorons, c'est Toi que nous implorons [1] !

Monsieur le Fonctionnaire de première classe [2],

tions obséquieuses qui sont tombées en désuétude chez nous-mêmes, du moins devons-nous exiger de nos *protégés* qu'ils soient aussi polis envers nous que nous le sommes, soit entre nous-mêmes, soit avec eux, car certes nous n'avons pas deux manières de parler en citant le nom d'un français ou d'un étranger, à moins que la différence ne se produise dans un sens favorable à celui-ci. Au Journal Officiel tunisien, qui s'imprime un peu avec de l'argent français pensons-nous, le texte arabe conserve ses titres d'usage au personnage musulman d'ici ou d'ailleurs, mais devant le nom d'un français, si grand que soit le personnage, ou devant celui de n'importe quel autre mécréant (voir le principe dans la note précédente) on met la transcription du mot français *monsieur*, qui sonne étrangement et avec un merveilleux dédain dans une bouche arabe. Puis, comme il y a des musulmans qui savent que ce mot étymologiquement signifie *monseigneur*, on met l'article devant, pour que personne ne puisse reprocher aux rédacteurs de regarder un mécréant comme supérieur à eux. Plus encore, quand les interprètes français ont mis, dans une affiche par exemple, le mot arabe *esseyid* (le sieur), devant un nom européen, les correcteurs officiels le remplacent de leur propre autorité par le singulier équivalent qu'on a vu, *elmossiou*.

Le fonctionnaire dont il est question ici est le chef de l'administration judiciaire dans la Régence. Sous le rapport juridique, il est le président du conseil consultatif des Hanafites. Le câdi, bien que hiérarchiquement inférieur aux muftis qui composent le conseil, est parfaitement libre de juger contrairement à leurs décisions. Cela existe aussi en Algérie, mais à la place que cela mérite.

[1] Coran I, 4.

[2] Le mot arabe correspond dans notre hiérarchie militaire

Digitized by Google

Premier-Ministre, Mohammed Elaziz Bouattour,

J'ai l'honneur de vous accuser réception de votre dépêche en date du 9 choual 1300 [1], ainsi conçue, après les préliminaires :

au titre de général de division ; mais le traduire toujours par cette expression, alors qu'il se donne le plus souvent à des fonctionnaires civils, c'est prêter à ces pauvres Tunisiens, qui en ont déjà bien assez, un ridicule dont ils sont innocents. Au fait, tant pis pour eux ; ils n'avaient qu'à suivre les Turcs, auxquels ils avaient emprunté cette nomenclature et qui ont depuis longtemps distingué par des titres différents les trois hiérarchies : militaire, religieuse, civile-laïque.

Le bey seul a le titre de *mouchir*, correspondant à *maréchal.*

[1] 12 août 1883.

On comprend bien que l'emploi des dates musulmanes, comme la traduction en langue arabe de toute pièce officielle et la doublure de chaque fonctionnaire mécréant par deux adels, est une des nécessités du Protectorat. Cependant en Tunisie, dans cet état si original sous tant de rapports, l'année solaire est d'usage en matière de finances ; les usuriers francs (que Dieu damne !) ont imposé cette humiliante innovation ; il est vrai qu'ayant le choix, on a adopté le calendrier julien, en retard de douze jours sur le nôtre, et que certains impôts se payent par année lunaire : de plus l'année fiscale part du 1er/13 octobre. Les députés français ne sont pas sans excuse d'avoir examiné de loin les finances tunisiennes ; ce n'est pas très-simple avec cet enchevêtrement de dates (sans parler de la plus étrange monnaie du monde et des mesures les plus bizarres qu'on puisse rêver). Pendant le dernier mois de rama dan, la série officielle des quantièmes lunaires a changé deux fois dans les adminis-

Digitized by Google

« Autorisation a été donnée aux étrangers d'acquérir des constructions et biens fonciers sous les conditions renfermées dans la copie que j'ai l'honneur de vous adresser ci-jointe. En vertu de cette autorisation, des gens, tels qu'il a été dit, ont acheté des constructions et biens fonciers : seulement beaucoup d'entre eux n'ont point rempli les conditions d'où dépend la validité de leur acquisition. Lorsque l'un d'eux se trouve ensuite avoir une affaire en justice, il arrive qu'on se voit empêché de tenir compte de son titre, et si on lui répond en conséquence, il s'excuse en alléguant qu'il ignorait ce dont dépend nécessairement cette validité, tant du côté du vendeur que de l'acheteur et du titre, et qu'il croyait la pièce dont il est porteur suffisante, alors même que celle-ci n'est qu'un simple écrit du vendeur. »

« Ce qui arrive dans la vente, se produit aussi dans le nantissement. Beaucoup de ceux-là peut-être se figurent qu'un contrat de nantissement est solide, alors qu'il se disloque de tous les côtés. »

trations tunisiennes, par cette raison qu'il y avait incertitude sur l'apparition de la nouvelle lune, point de départ du jeûne. Une autre nécessité de la religion d'Etat, est de compter les heures à partir du midi vrai : de cette façon, la pendule de l'état protecteur et celle de l'état protégé, ne marquent pour ainsi dire jamais la même heure.

Digitized by Google

« C'est pourquoi la prudence du Souverain a décidé qu'il serait fait un recueil de principes succincts, comprenant les conditions que doivent remplir le vendeur et l'acheteur, ainsi que le créancier nanti, et celles qui concernent l'objet vendu ou engagé, avec les caractères qui distinguent le titre légalement valide de celui qui ne l'est pas. Il faudrait aussi que cela fût assez succinct pour être publié dans le Journal officiel, de telle sorte qu'il en soit pris connaissance par qui achètera ou recevra en gage des constructions ou biens fonciers, sans qu'il y ait ensuite lieu de l'écouter, s'il vient arguer de son ignorance. »

« J'ai donc l'honneur de faire appel à vos connaissances juridiques, en vous priant de vouloir bien traiter cette question de la manière qui vous semblera la plus convenable pour répondre au but proposé, etc. » Il n'est pas nécessaire de citer le reste.

Après avoir accueilli avec empressement votre dépêche, je me suis mis à promener mon attention sur les canaux par lesquels sourdent les principes [1] dont vous parlez. J'en ai fait un large

[1] Le besoin de trouver une consonnance a peut-être poussé l'auteur à employer le même terme dont s'était déjà improprement servi celui auquel il répond. Cependant, chez un jurisconsulte de cette ordre, il vaut mieux admettre une

Digitized by Google

examen, subordonné aux prescriptions des traités existant entre notre gouvernement et les gouvernements étrangers, et surtout à celles que contient l'article quatre du traité conclu entre le gouvernement tunisien et le gouvernement britannique, en date du samedi 26 rebie-t-tani 1280 [1].

Vous m'aviez fait l'honneur de vous en rapporter à moi sur le choix des indications nécessaires. Je vous présente donc ici des principes utiles, dont on a besoin, avec l'aide de Dieu, puisés dans notre législation sainte, (à son Auteur grâces abondantes, et entière protection !)

prétention excessive qu'une inadvertance qui serait peu vraisemblable. Les principes *oçôl* (littéralement : racines, bases, fondements), d'après les *Tdrifat* de Djordjani, sont communément : « Ce dont on a besoin et qui n'a besoin de rien ; » légalement ; « Ce dont on déduit mais qui n'est déduit de rien autre que de soi ; » le principe (axiome) est : « Quelque chose de vrai en soi et dont on tire des conséquences. » Dans les livres de droits les principes sont : 1° le Coran, 2° les paroles du Prophète, 3° dans quelques cas, les jugements prononcés par les contemporains de Mahomet (*Mizân* de Châranî aux 2/5 et à la 1/2 de l'ouvrage). C'est de là que tout le droit découle, et les déductions du premier degré s'arrêtent même au dernier des quatre imams (241 de l'h.)

Or, ce dont il est question très-souvent dans cette brochure, c'est de la coutume et même d'une coutume parfois peu conciliable avec les principes. L'affirmation du magistrat se pose ainsi avec l'autorité du dogme primitif.

[1] 9 octobre 1863.

Digitized by Google

et rien n'empêche, si une affaire se présente et si l'on se trouve arrêté dans le choix d'une solution convenable, de poser une nouvelle question. Dieu (vénéré soit son nom !) assistera sans doute dans la réponse celui qui implore le secours de Dieu.

Digitized by Google

# CHAPITRE I

## LA VENTE

1. La vente, c'est-à-dire l'échange d'un bien contre un bien, est parfaite par le consentement mutuel, consistant en l'affirmation de l'un des contractants et l'acceptation [1] de l'autre.

L'affirmation est le discours tenu en premier lieu par l'un des deux contractants, qui consiste en: « Je vends, » ou en: « J'achète, » ou en quelque chose d'analogue.

[1] L'acceptation, elle aussi, est exprimée sous la forme d'une proposition affirmative ou de l'équivalent, mais c'est une affirmation subordonnée à une autre. L'emploi de ces termes a pour but de définir exactement la manière dont le contrat s'exprime. Ainsi généralement une des parties ne s'engage pas en disant sous la forme impérative: « Vendez-moi cela, » ou: « Achetez-moi cela, » à moins qu'il n'y ait pas d'équivoque possible, et particulièrement que l'idée du futur soit absente. Certains actes, comme celui de prendre l'objet mis en vente, en en présentant le prix, équivalent aux paroles (Durr. IV, 9 à 13).

Digitized by Google

L'acceptation est le discours tenu en second lieu, qui consiste en : « J'achète, » ou en : « Je vends, » ou en quelque chose d'analogue.

J'entends par l'affirmation et l'acceptation deux expressions quelconques éveillant les idées d'acquisition et d'aliénation ; exemple : *Je vends, j'achète, je consens ;* ou bien : *Je vous donne* ( ou *prenez* ) *cela pour tant ;* ou bien : *Je vous en fais donation pour tant* ; ou bien : *Je vous y fais participer* ( ou *je vous y admets* ) *pour tel prix ;* de même : *S'il vous convient* ( ou *vous plaît*, ou *si vous le voulez*, ) *je vous le vends* ( ou *je vous l'aliène*, ou l'analogue ) ; après quoi l'autre dit : *Il me convient* ( ou *me plaît* ou *je le veux* ). Dans tous ces cas il y a contrat de vente, et de vente obligatoire.

2. L'un des contractants ayant émis l'affirmation, comme par exemple : « Je vends, » est encore libre et peut se dédire avant que l'autre ait accepté.

Une condition de la vente est qu'elle se fasse en une seule séance qui comprenne à la fois l'affirmation et l'acceptation ; si donc un des contractants émet l'affirmation, puis, qu'avant l'acceptation de l'autre l'un d'eux se dérange [1],

[1] Il n'est pas nécessaire pour cela qu'il quitte le lieu du contrat (Durr. IV, 29). L'expression d'acceptation faite séance tenante peut être relative, car la vente par correspondance engage les parties pourvu que celui qui reçoit le message accepte *fi madjlisih*, sans se déranger (Durr. n. IV, 14).

Digitized by Google

cette affirmation devient nulle ; et il en est de même lorsque l'autre partie, l'affirmation étant émise par la première, manifeste son refus d'une façon quelconque.

3. Une condition des deux parties, consiste en ce qu'elles aient capacité pour passer le contrat, c'est-à-dire qu'elles soient saines d'esprit, jouissant de discernement [1], non interdites.

4. Si le mineur sain d'esprit, jouissant de discernement, reçoit d'une personne saine d'esprit, majeure, capable d'administrer [2], mandat pour vendre ou acheter, cela est valable ; mais quant à la vente ou l'achat du mineur, cela est subordonné à l'approbation du tuteur ; le cas est le même avec une personne connue comme ayant ses facultés dérangées. Tels sont tous les contrats souscrits par le mineur ou l'assimilé, et dont il n'est pas certain qu'ils soient utiles ou nuisibles ; ils sont nécessairement soumis à l'approbation de qui de droit. Quant à ce qui est bien nettement avantageux, comme de recevoir un don utile, l'acte en est définitif, non subordonné à une approbation, tandis que les engagements

[1] Cela exclut le fou et le mineur encore incapable de discernement, non le mineur absolument, ni l'esclave, ni le mécréant, ni le muet, ni l'homme ivre (Durr. n. IV, 7).

[2] Le mot *rachid* exclut l'esclave et l'insensé (Kh. Dir. ch. de l'affranchissement posthume).

Digitized by Google

purement désavantageux ne sont pas valables, tels que prêt, emprunt, caution pour autrui, même pour le père.

5. N'est pas valable la vente faite sous une condition qui la vicie, c'est-à-dire toute clause dont l'existence constitue dol, ou bien qui est étrangère au contrat, incompatible avec lui, avantageuse à l'une seulement des deux parties, contraire à la coutume, inusitée dans la pratique ; comme la réserve par le vendeur d'ensemencer la terre encore une fois, ou d'habiter dans la maison. Quant au cas où il vend la partie inférieure de sa maison en se réservant la jouissance de l'espace au-dessus, cela est permis.

—

LE VENDEUR

6. Il est nécessaire que le vendeur soit propriétaire ou qu'il soit fondé de pouvoir du propriétaire, dans les conditions que la loi assigne à cette représentation, et qui seront exposées plus loin, comme par exemple, qu'il ait reçu de lui procuration à cet effet, ou qu'il soit suivant



Digitized by Google

la loi son représentant naturel, comme le père, ou, à son défaut, le tuteur testamentaire nommé par lui, puis l'aïeul ou le tuteur testamentaire nommé par lui, puis le câdi. Le fondé de pouvoir nommé par le câdi comprend le curateur que ce magistrat impose à l'interdit majeur.

7. Il est indispensable que le vendeur soit en pouvoir de livrer l'objet vendu et que celui-ci soit susceptible d'être livré.

La délivrance de l'objet vendu consiste en ce que le vendeur le mette à la disposition de l'acheteur, de telle sorte que ce dernier puisse s'en saisir sans rien qui l'en sépare. Il en est de même pour la délivrance en ce qui concerne le prix.

La délivrance de la clef à qui est en mesure d'ouvrir la maison sans difficulté, constitue délivrance de la maison.

8. La vente n'étant valable que si le vendeur est propriétaire de la chose vendue et en pouvoir de la livrer, il en résulte ceci : Un fils vend la maison de son père sans avoir son autorisation, puis il en hérite ; la vente n'est pas effective sans un nouveau contrat.

Le cas est le même si quelqu'un vend la chose d'autrui puis l'achète à son véritable propriétaire et la délivre à l'acheteur ; cette vente est nulle et n'est pas admise ; elle n'est admise que

Digitized by Google

si la cause par laquelle le vendeur est propriétaire existait antérieurement à la vente.

9. Il est indispensable que le vendeur consente à la vente et que l'acheteur consente à l'achat ; si donc l'un d'eux a agi par contrainte, il lui est loisible d'annuler le contrat, et s'il meurt, c'est un droit qui passe à ses héritiers.

10. Le vendeur a le droit de retenir l'objet vendu au comptant, encore qu'il ait reçu caution ou gage de l'acheteur, et alors il a privilège, pour se faire payer de lui, sur tout autre créancier. Mais si l'acheteur prend livraison avec l'autorisation du vendeur, celui-ci ne peut plus reprendre l'objet en compensation du prix pour lequel il l'a vendu ; il entre dans la catégorie des autres créanciers, et reçoit le même dividende qu'eux si l'acheteur, vivant ou mort, se trouve insolvable.

11. Le chef de l'État, le Conseil Juridique et le câdi[1] peuvent vendre le bien d'autrui après

[1] On pourrait dire le juge (hâkim) tout simplement, car c'est en tant que juge que le souverain, en tout autre dépositaire de l'autorité, pratique ces sortes de vente, « qui sont des jugements (Durr. n. IV, 27). » Quand les muftis de Tunis donnent des autorisations ou prennent quelque décision que ce soit, ils agissent comme juges, non plus comme magistrats consultants, en vertu des pouvoirs plus ou moins restreints que l'imam, le souverain spirituel et temporel (c'est-à-dire le bey) leur a conférés.

Digitized by Google

constatation de l'existence des causes que la loi prescrit comme conditions de ces ventes. Les ventes émanant de ces autorités ne peuvent être attaquées pour cause de lésion que dans un cas : c'est quand un bien, appartenant à un orphelin ou au domaine de l'État, ou un bien de fondation, aura été vendu dans un but d'utilité et de gain (consistant par exemple en ce que l'immeuble aliéné serait moindre que l'autre reçu en échange et que celui-ci serait d'une qualité supérieure du double au premier,) puis que l'on s'apercevra que c'est le contraire qui a eu lieu, l'objet acquis étant de valeur infime et l'ayant droit, dans l'un des trois genres de biens susdits, se trouvant ainsi lésé.

12. Une condition de la vente étant d'émaner

Quant à l'attribution ainsi dévolue à un conseil composé de plusieurs hommes (elmadjlis-es-charaï) je doute beaucoup que ce ne soit tout simplement une hérésie. Je n'ai jamais rencontré rien qui ressemble à l'idée d'un tribunal multiple, dans tout ce que j'ai lu ou entendu. Ainsi *Rah.*, qui dit cependant que, chez les Hanafites, le juge peut être du *sexe féminin*, sauf en matière criminelle, ne mentionne pas cette autre singularité. En revanche je lis dans *Kh. Dass.* 1403 : « Le souverain (Khalifah) n'a pas le droit d'associer deux juges (câdi), non pas seulement pour se prononcer dans toutes les affaires en général, mais même dans une seule, de telle sorte que le jugement de l'un dépende du jugement de l'autre, car le juge (hâkim) ne peut être une moitié de juge. » Le cas serait différent s'il s'agissait d'un tribunal arbitral, d'après le même auteur.

Digitized by Google

du propriétaire ou de son fondé de pouvoir, dûment et légalement constitué, ou de qui est investi du pouvoir de vendre, mais sous la condition que la loi prescrit à l'exercice de ce pouvoir, il en résulte que la vente de la chose d'autrui sans mandat est subordonnée à l'approbation du propriétaire ou de qui a qualité pour administrer ; cette approbation est elle-même subordonnée à l'existence des contractants, et, donnée par les héritiers, elle ne rendrait pas la vente effective[1].

13. Le père, quand il est reconnu comme capable d'administrer et homme de bien, peut vendre l'immeuble de son fils mineur ; quant à celui qui se conduit mal, il lui faut absolument, pour pouvoir vendre, qu'il expose les avantages qui motivent la vente et que le magistrat lui donne son approbation ; de même aussi quand tout autre que le père vend pareil immeuble, il est indispensable que les avantages en soient examinés et que le magistrat autorise la vente.

[1] Si quelqu'un vend la chose d'autrui sans dire qu'il agit pour le propriétaire, la vente est nulle, non pas seulement imparfaite (Durr. IV, 210). Dans le rite malikite au contraire la vente est encore valable et seulement imparfaite, que l'acheteur sache ou non que le vendeur vend la chose d'autrui (Kh. Dir. 15). La vente oblige toujours le vendeur en ce sens qu'il doit indemniser l'acheteur s'il ne peut obtenir l'approbation du propriétaire (Durr. n. IV, 216).



Digitized by Google

14. La vente des terres qui renferment des mines ou carrières, celle des forêts auxquelles on n'a jamais connu de maître, et celle des terres mortes[1] qui n'appartiennent à personne, sont subordonnées à l'autorisation ou à l'approbation du souverain.

—

L'ACHETEUR

15. Si quelqu'un a acheté une maison ou un bien foncier, mais n'en a pas encore reçu délivrance de la manière que nous avons expliquée, il ne peut, sans cette délivrance, en disposer par bail, soit envers le vendeur, soit envers tout autre[2].

[1] Terres sans maître, que le travail vivifie.

[2] Par assimilation de la jouissance, dont la location est une sorte de vente, avec les biens meubles dont la vente est défendue, suivant Abouhanifah, avant que le vendeur en ait pris livraison, parce qu'il se trouve là un risque de perte (Durr. IV, 251). Mais la vente de l'immeuble avant délivrance n'est pas défendue. Comp. art. 12. Malik est plus large (Kh. 238 et s. s.).

—

Digitized by Google

## L'OBJET VENDU ET LE PRIX

16. Une condition de l'objet vendu, ainsi que du prix, est d'être connu dans une mesure telle qu'une contestation ne soit plus jamais possible.

Il ne serait donc pas valable de vendre *une terre d'entre ces terres*, ou : *une maison d'entre ces maisons*, ou de vendre une chose *pour sa valeur*, ou *pour le prix qu'un tel arbitrera*. Aussi, dans les ventes d'immeubles, est-il indispensable de désigner les limites assez clairement pour distinguer l'objet vendu des autres qui lui ressemblent, et pour rendre toute erreur impossible.

Et de même, c'est une condition aussi que le prix soit déterminé quant à sa quantité par nombre ou poids, et qu'il soit décrit clairement, à moins qu'on ne le montre, car l'action de le montrer suffit[1]. Lorsque quelqu'un vend son

[1] Toutes ces prescriptions concernent le contrat lui-même, tel qu'il doit être conclu entre les parties, non pas la rédaction de l'acte qui le constatera et où l'on pourra se contenter de mettre : «... pour un prix qui a été montré au moment de la conclusion du contrat. » Telle est la *poignée inconnue*, poignée de monnaie qu'on ajoute au prix de la

Digitized by Google

immeuble payable en nature[1] ou en objets susceptibles d'être mesurés ou pesés, il est indispensable de donner le signalement de ce qui constitue le prix, ainsi que d'en désigner la mesure et le poids ou de le montrer matériellement et de façon à rendre toute erreur impossible. Il en est encore ainsi avec les objets qui ne se mesurent ni ne se pèsent ; il faut absolument en désigner la quantité, la qualité, la valeur. Si le prix de l'immeuble est lui-même un immeuble, il faut le déterminer par ses limites et sa valeur.

En résumé tout roule sur une détermination de l'objet vendu et du prix, suffisante pour rendre toute erreur impossible et mettre à jamais fin aux contestations. Ainsi, que l'immeuble constitue l'objet vendu ou le prix, il faut mentionner avec lui la ville, le quartier et la rue, si c'est une maison ou l'analogue, la région, et la circonscription où celle-ci se trouve, si c'est une terre ou l'analogue.

vente pour en rendre le montant inconnu et empêcher l'exercice de la préemption.

[1] Le mot *'ard* comprend tout ce qui n'est pas l'or et l'argent. On peut voir dans Kh. Dass. (ch. de l'impôt, à la 1/2 de la 1re section) qu'il comprend les immeubles, le bétail, les vêtements, les armes, le fer, le cuivre. J'ai suivi l'auteur qui fait ce qu'on appelle en grammaire l'adjonction du particulier au général. Il faut dire aussi que ce mot s'emploie souvent dans un sens plus restreint.

Digitized by Google

17. Si quelqu'un vend par exemple dix coudées de terrain, à tant la coudée, et qu'il désigne le sens du mesurage de façon à rendre toute erreur impossible et à mettre pour toujours fin aux contestations, c'est valable.

18. Si l'objet vendu est détenu par un tiers à titre de gage, location, ou bail de culture, comme ce serait le cas pour quelqu'un qui aurait donné sa terre à titre de bail de culture pour une certaine durée, la vente sera subordonnée à l'approbation du créancier nanti, du locataire ou du colon [1].

19. N'est pas admise la vente de ce qui fait l'objet d'un litige, après que les témoins ont déposé, avant que le jugement soit rendu.

20. Si l'objet vendu est un bien de fondation [2], ou un bien appartenant à un orphelin ou à l'État [3], il est indispensable que la vente soit faite avec l'autorisation de l'un de Messieurs les deux Câdis, dans un intérêt appréciable, après autorisation donnée par le chef de l'État à ce sujet

[1] La vente de l'objet donné à bail, n'est pas soumise à cette condition d'après Malik (Rah., du bail).

[2] *Waqf* ou *hobs* (les deux racines sont synonymes : *fondation pieuse, consécration ;* littéralement : *inaliénabilisation*) : on dit avec le premier : *djanib-el-waqf,* la Fondation (les ayants droit), même en supprimant l'antécédent ; le second s'applique plus souvent que le premier aux biens eux-mêmes. Les deux verbes correspondants s'emploient l'un pour l'autre.

[3] *Bayt-el-mal* est à la fois le trésor public et le domaine de l'Etat (état religieux bien entendu).

Digitized by Google

et par écrit. Il en faut excepter l'immeuble de l'orphelin, lorsque le magistrat est obligé de le vendre pour cause de nécessité urgente, comme l'alimentation[1] ou une dette qui doit légalement s'acquitter au moyen de cet immeuble. Dans les cas où la permission du Chef de l'État est nécessaire, on ne peut se dispenser de la citer dans l'acte de vente et d'exposer l'avantage appréciable qui est la base même de la vente et l'autorisation de vendre donnée par le câdi. Ce magistrat scelle le tout de son cachet.

21. Quelqu'un achète une maison et l'habite. Plus tard il est reconnu que c'est un bien de fondation ou qu'elle appartenait à un mineur, il y a obligation pour l'acheteur de payer le loyer d'après estimation, car le bien de la fondation et celui de l'enfant doivent être sauvegardés[2].

22. Si quelqu'un vendait telle terre, renfermée dans les limites déterminées, sous garantie qu'elle a mille coudées, pour tel prix, puis que l'acheteur trouvât la dimension plus grande ou plus petite, la vente serait valable et l'ache-

[1] *Nafaqah* ne comprend pas le vêtement ; c'est *moûnah* qui est le terme générique (Tuh. T. v. 595).

[2] Cet article est un peu trop concis. Cela concerne seulement le loyer dû pour la durée de la jouissance passée ; mais il n'en résulte pas que l'acheteur continue à jouir en payant le loyer (v. art. 101 et la note ; v. Dürr. III, 568).

Digitized by Google

teur aurait droit à l'excès sans option, en cas d'excès, à l'option en cas de manque.

23. Quelqu'un vend d'une maison sa part, qui en est le tiers ; il se trouve ensuite que sa part est de la moitié, la vente s'applique au tiers.

24. La vente est valable au comptant ou à terme ; seulement, dans le second cas, le terme doit être connu, comme par exemple à six mois du jour de la vente.

25. Si l'acheteur déléguait au vendeur le droit de toucher le prix de vente d'un tiers, le consentement du vendeur délégataire, et celui du débiteur délégué, en vertu de cette délégation, seraient indispensables.

Il en est de même pour toute sorte de créances ; le consentement du délégataire et celui du délégué sont indispensables [1].

[1] Dans le rite malikite l'assentiment du débiteur délégué n'est pas nécessaire, sauf si une cause d'inimitié existait entre le délégataire et le délégué avant la délégation ; si l'inimitié survient après la délégation, le délégataire ne peut poursuivre lui-même le délégué en remboursement et il doit donner mandat à quelqu'un qui le fera pour lui, de crainte qu'il ne mette trop de dureté dans ses poursuites (Kh. Dass. 548).

La délégation malikite est le seul moyen d'éluder le principe de droit musulman qui défend la transmission des créances quand cette opération doit être désavantageuse au débiteur (V. les commentaires de Kh. 566).

La lettre de change *souftadjah, bouliçah,* est considérée

Digitized by Google

26. Tout ce qui est adhérent à l'objet vendu, mais destiné à être détaché et arraché, comme les fruits dans les ventes d'arbres et les céréales dans les ventes de terres, n'est pas compris dans la vente sans stipulation.

27. Chacun des contractants peut se réserver le droit d'option pendant un délai de trois jours au plus, comme il peut aussi le réserver, pour le même délai, au profit d'un tiers ; il est également permis que le vendenr impose la condition suivante : « Si le prix n'est pas payé d'ici à trois jours, il n'y a point vente ; » et si le prix n'est pas payé dans les trois jours, la vente n'a plus de valeur.

comme une délégation et n'est pas absolument défendue (Durr. IV, 458). Comp. Kh. 360, plus sévère.

Dans un cas pareil le choix du rite laissé au défendeur, suivant la coutume de Tunis, a une grande influence sur la validité des délégations. En effet, comme en fin de cause c'est toujours le cadi hanafite, le plus favorable au défendeur en l'espèce, qui jugerait cette question, les délégations seraient impossibles dans tous les cas où le débiteur délégué n'accepterait pas. Lorsque le délégataire sera judiciable des tribunaux français et entraînera le débiteur délégué devant la même juridiction, celui-ci, qui aurait toujours eu raison devant le tribunal religieux, sans l'intervention de ce tiers à laquelle il est étranger, devra-t-il avoir toujours tort par ce seul fait ?

Il y aura bien d'autres incompatibilités. Reste à savoir quel est le code qui sera rogné, quel est le drapeau dont les couleurs déteindront sur l'autre. Il n'est pas rassurant qu'on puisse se poser pareille question.

Digitized by Google

28. La propriété de l'objet vendu n'est pas aliénée pour le vendeur quand il y a option pour lui, mais elle l'est quand l'option appartient à l'acheteur ; en cas d'option pour tous les deux, ni la propriété de l'objet vendu ni celle du prix ne sont aliénées respectivement par les deux parties.

29. Le contrat devient parfait : 1° par la mort de celui qui a le droit d'option, et ses héritiers ne lui succèdent point dans ce droit ; 2° par l'expiration du délai d'option ; 3° par l'approbation que donne au contrat, pendant la durée du délai, celui qui a droit à l'option.

30. Quiconque achète ce qu'il n'a pas vu a le droit de le rendre quand il le verra, lors même qu'il l'aurait agréé avant de le voir ; mais ce droit n'existe pas pour qui vend ce qu'il n'a pas vu. La vue doit s'être portée sur toutes les chambres de tous les étages, les cuisines et toutes les dépendances, et le dire de l'acheteur fait foi à charge de serment, s'il nie avoir vu.

31. Quiconque découvre dans l'objet vendu, après la conclusion du contrat de vente, un vice qui le déprécie suivant l'opinion des personnes compétentes, le prendra pour le prix fixé ou le rendra.

32. Un vice léger et facilement réparable, n'est pas à considérer. Il est indispensable que



Digitized by Google

le vice ait existé dans l'objet, celui-ci étant encore chez le vendeur, que l'acheteur n'en ait pas connu l'existence, ce vice n'étant pas apparent, et que l'on ne découvre, de la part de l'acheteur, rien qui indique qu'il y ait acquiescé ; comme si, par exemple, il avait pris possession de l'objet acheté tout en lui connaissant ce vice ou qu'il l'eût mis en vente depuis que ce vice lui était connu, circonstance à laquelle il ne faut pas assimiler celle-ci : à savoir que le vendeur, ayant reconnu que la monnaie reçue pour prix de la vente est de mauvaise qualité, la présente ensuite au changeur [1].

33. En cas d'éviction partielle avant la délivrance, la vente devient nulle de droit dans la même proportion, et, au choix de l'acheteur, pour le reste, que l'éviction ait causé ou non quelque vice dans ce reste.

Il en est de même si l'éviction a eu lieu après une délivrance partielle, que l'éviction se produise ou non dans la partie délivrée à l'acheteur, et celui-ci a encore le choix.

Dans le cas où, avant l'éviction partielle, l'a-

[1] Parce qu'il a toujours droit à de la monnaie ayant cours, et que la mauvaise monnaie n'a pas pu devenir sa propriété, ce qu'on ne saurait dire de l'objet déterminé qui a été acheté. Il peut donc encore rendre les espèces à l'acheteur (Durr. n. IV, 140).

Digitized by Google

cheteur a pris livraison du tout, la vente est encore nulle de droit dans la proportion de l'éviction, puis, pour le reste, au choix de l'acheteur, si l'éviction y a causé quelque vice, et sinon, l'acheteur prend ce reste sans avoir le choix [1].

34. Les vices sont constatés par la déclaration des personnes compétentes, et, si elles ne s'accordent pas, les unes reconnaissant le vice et les autres non, l'acheteur n'aura pas le droit de rendre l'objet; tout cela, lorsque le vice n'est pas évident.

[1] Par exception à l'avant dernier article, quand la reddition de l'objet vendu est impossible pour une raison ou pour une autre, le prix est diminué à dire d'expert dans la proportion de la moins value constatée dans l'objet (Durr. n. IV, 122).

Digitized by Google

## CHAPITRE II

### LA PRÉEMPTION

35. La préemption est le droit d'acquérir la place [1] achetée, pour un prix égal à celui qu'elle a coûté à l'acheteur. Une condition pour qu'elle existe, c'est l'existence d'un contrat onéreux, c'est à dire d'une vente ou de ce qui y équivaut. Si donc des copropriétaires se partageaient l'immeuble [2], leur voisin n'aurait pas

[1] L'art. 39 explique l'emploi du mot *boq'ah* au lieu d'un terme général. Y sont compris les bâtiments supérieurs, même ceux auxquels on n'accède pas par la partie inférieure (Durr. v, 211). Le mot acheteur indique par abréviation tout acquéreur à titre onéreux. Le Durr. (v, 230) emploie l'expression plus précise : « Bien foncier, acquis en fournissant un équivalent (ce qui exclut donation) qui soit un bien (ce qui exclut le douaire). »

[2] Durr. (n. v. 211) restreint le mot *'aqâr* bien foncier, par le qualificatif *immeuble*, parce que les arbres et les constructions ne peuvent entrer dans ce cas qu'à titre d'accessoires.

Digitized by Google

préemption par suite du partage, que celui-ci fût fait ou non par autorité de justice.

36. La résiliation conclue entre l'acheteur et le vendeur, est une résiliation en ce qui les concerne, mais une vente en ce qui concerne le tiers [1], et, dans ce cas, quiconque se trouve dans les conditions prescrites, peut exercer la préemption s'il y a lieu.

37. Une condition pour que la préemption existe, c'est que celui qui l'exerce soit propriétaire, au moment où la vente a lieu, de l'immeuble auquel est attaché ce droit à l'égard de l'objet vendu ; il ne pourrait y prétendre pour une propriété acquise postérieurement à la vente.

38. Lorsque l'ayant-droit à préemption acquiesce à la vente ou à ce que celle-ci comporte, comme au droit de propriété de l'acheteur, soit qu'il l'exprime clairement, soit qu'il le donne seulement à entendre, la préemption n'existe plus pour lui.

39. La préemption n'existe que sur les biens fonciers, c'est-à-dire la terre seulement ou la

[1] Ce principe hanafite a pour conséquence que l'ayant droit qui a renoncé à la préemption après la vente, y a droit de nouveau après la résiliation (Durr. n. v, 232). C'est le contraire en droit malakite, où la résiliation n'a aucun effet sous ce rapport (Kh. Dir. 248).

Digitized by Google

terre avec tout ce qui y est joint en fait de constructions et plantations ; il n'y a donc point préemption sur les ouvrages [1], tels que constructions et plantations établies sur la terre d'autrui.

40. La préemption ne peut s'exercer dans le cas de vente défectueuse. Si ensuite l'acheteur consent vente valide, l'ayant-droit à la préemption pourra prendre la terre soit d'après la première vente soit d'après la seconde, à son choix, à titre de préemption, car le vice n'a plus de conséquence en cas d'aliénation ultérieure par vente valide. Toutefois s'il exerce la préemption d'après la première vente, il prendra la terre pour sa valeur, et si c'est d'après la seconde, pour le prix même, tel qu'il a été stipulé.

41. L'acquéreur à préemption a le droit d'option jusqu'à vue de l'objet vendu et celui de rédhibition, lors même que l'acheteur aurait renoncé à cette garantie.

42. S'il y a contestation sur le prix entre l'acquéreur à préemption et l'acheteur, le dire

[1] Le mot *anqâd* (sing. *noqd* ou *niqd*), dans la terminologie de Tunis est souvent corrélatif de *ardiyyah*, le *fonds*, et comprend même les puits, canaux, etc., dans la façon desquels n'entrent cependant aucuns *matériaux*, sens primitif du mot (Kh. 1081 ; Durr. n. v, 228).

Digitized by Google

de celui-ci fait foi [1] ; si tous les deux font la preuve, c'est le dire du premier [2].

### CAUSES DE LA PRÉEMPTION

43. Ce sont :

1° La copropriété de l'immeuble vendu [3] lui-même, non pas des seuls constructions ou plantations, indépendamment du sol ;

2° Le co-usage d'un droit affecté à l'objet vendu, comme par exemple le droit de prendre de l'eau à une source ou à un ruisseau, lorsque le droit de puiser ou arroser (c'est à dire une part de cette eau) a été vendu avec une terre, alors que le propriétaire d'une autre terre a le droit d'user ainsi de cette source ou de ce ruisseau, et possède aussi une part de l'eau qui s'y trouve. Il en est de même du passage privé, comme par exemple [4] dans une impasse ; tous

[1] Parce qu'il est défendeur (Durr. n. v, 224).

[2] Parce que ses témoins affirment une obligation, celle de l'acheteur de céder l'objet pour tel prix, tandis que les témoins de l'acheteur laissent l'adversaire libre d'exercer ou d'abandonner la préemption (Durr. n. v, 224).

[3] V. p. 40, n. 1, l'explication de ce terme par « aliéné à titre onéreux. »

[4] La rue traversière serait dans le même cas si ses habitants avaient le droit d'empêcher le public d'y passer, à

Digitized by Google

les habitants de celle-ci ont préemption, même ceux du côté opposé ;

3° La propriété contiguë [1].

44. Si ces causes coexistent, on a égard au rang de chacune en mettant en avant la plus forte des trois, puis la plus forte des deux autres ; on fera ainsi passer d'abord le copropriétaire, puis le co-usager, puis enfin le voisin. Si donc le copropriétaire abandonne son droit, la préemption appartient au co-usager. Cela n'aurait lieu que dans le cas où chacun d'eux aurait prétendu à la préemption sur l'objet vendu dès l'instant où il aurait eu connaissance de la vente, de l'acheteur et du prix.

45. Lorsqu'un des copropriétaires d'un immeuble en vend sa part à un autre, et qu'un troisième prétend à la préemption sur l'objet

l'inverse de l'impasse publique, où se trouverait par exemple une mosquée aussi ancienne que la rue. Il y a encore d'autres distinctions (Durr, n. v, 215).

[1] La contiguité sur un empan donne le même droit que la contiguité sur trois faces. Le propriétaire de l'immeuble qui touche la maison dont une chambre est vendue, du côté même de la chambre, même s'il y a contiguité avec celle-ci, n'a pas plus de droit que le propriétaire de celui qui touche la maison du côté le plus éloigné de la chambre vendue. Si le voisin a sa porte dans la rue privée, il appartient à la deuxième catégorie (Durr. n. v, 215). On sait que la contiguité n'est pas une cause de préemption en droit malikite (Kh. 1472).

Digitized by Google

vendu lui-même, ces deux derniers se le partagent [1].

46. Le propriétaire du bas et celui du haut d'une maison ont tous deux droit à la préemption sur la maison contiguë si elle vient à se vendre.

### PROCÉDURE DANS L'EXERCICE DE LA PRÉEMPTION

47. Aussitôt que l'ayant-droit à préemption apprend la vente, il réclame préemption sur le champ ; s'il se tait et ne la réclame pas, la préemption est périmée [2].

48. Ensuite [3] il requiert constatation par té-

[1] Cela signifie peu clairement que les ayants droit à préemption (dont l'un peut être l'acheteur lui-même) se partagent l'objet acheté par parties égales, contrairement à la doctrine malikite, suivant laquelle le partage est fait proportionnellement au droit que chacun possédait antérieurement sur la propriété vendue (Durr, n. v, 214 ; Kh. 894).

[2] Les opinions sont partagées sur le point de savoir à qui incombe la preuve ou le serment au sujet de ce premier acte ; aussi est-il prudent de le faire constater par témoins (Durr. n. v, 218 à 223). Ce premier acte de procédure n'est pas exigé chez les malikites (Kh. 892).

[3] Aussitôt qu'il le peut (Durr. n. v, 220). C'est un des cas où le Bey ne pourrait défendre à deux hommes honorables, non témoins officiels, de constater un fait ; il peut seulement leur défendre de consigner le témoignage par écrit,



Digitized by Google

moins, en présence du vendeur, si celui-ci détient l'immeuble, ou de l'acheteur [1] en disant : « Un tel a acheté cette maison et j'ai préemption sur elle ; j'ai déjà réclamé et je réclame encore [2] préemption ; témoignez-en donc tous deux contre lui, ô témoins ! »

Cette deuxième requête prend le nom de requête de confirmation ou requête de constatation, et la première, requête impétueuse.

Si l'ayant-droit à préemption avait requis témoignage, à la première nouvelle, reçue par lui, de la vente, et à l'une des trois places susindiquées, [3] cela le dispenserait de la première requête.

et c'est en effet à deux témoins officiels que ceux-là vont ensuite faire écrire leur témoignage qui devient un témoignage rapporté (v. art. 105).

[1] Ajoutez : « ... même s'il n'en est pas détenteur, ou enfin de l'immeuble lui-même. » La règle pour le choix est un peu compliquée ; c'est approximativement d'aller au plus près des trois (Durr. n. v. 220).

[2] Je suis le texte de Durr. (v. 220) ; celui de notre auteur a le passé deux fois. De même ensuite il dit : « contre moi, » ce qui ne s'explique guère, car le requérant engage l'acheteur, mais ne s'engage pas et il peut encore ensuite abandonner sa préemption. Pour une deuxième édition, que je souhaite de grand cœur à cet ouvrage réellement utile, je recommanderai aussi aux correcteurs le vers 588 de l'alfiyyah, à propos de : *ayyohâ-s-châhidayn*.

[3] Ce qui ne peut s'expliquer qu'avec le complément de la note 1 ci-dessus.

Digitized by Google

La requête de constatation doit être faite sur le champ, si cela se peut.

49. La troisième requête est la requête introductive d'instance, qui consiste en ce que l'ayant-droit à préemption saisit le magistrat de son affaire. Il ne peut, sauf excuse, différer cette requête plus d'un mois, et, parmi les excuses qu'il peut alléguer, est celle de n'avoir pas trouvé un câdi reconnaissant la préemption pour contiguité, qui pût rendre un jugement en sa faveur.

50. Si un magistrat donne l'autorisation [1] de

[1] V. p. 31, n 1 ; les actes portent généralement: « Une poignée de nombre et valeurs inconnus, en or, argent et cuivre, montrée au moment de la conclusion du contrat et distribuée à des passants qu'il serait impossible de retrouver tous. » Comp. Kh. 917.

Ceci est un des exemples de la manière dont les sociétés échappent au principe religieux de l'immutabilité des lois. Les législateurs hanafites ont eu beau être les plus favorables à la préemption ; leur rite est tombé en partage à la partie la plus favorable au progrès de tous les peuples musulmans, et on a bien trouvé le moyen d'éluder un principe qui avait fait son temps, aussi bien que la société antique, morcelée en unités familiales autonomes, au sein desquelles on ne pouvait admettre que l'étranger eût le droit de s'introduire par la force ou la ruse. La tendance moderne, qui élargit de plus en plus le rayon de la solidarité, et qui de la cohésion familiale a fait celle de la province, puis celle de la nation, affirmant enfin même des droits internationaux, cette tendance ne pouvait manquer de vaincre, chez les hanafites avant tous les autres musulmans, un

Digitized by Google

faire usage dans la vente de *la poignée inconnue montrée au moment de la conclusion du contrat*, et que le magistrat rende un jugement confirmatif de la vente (or une des conditions qui

principe religieux suranné. C'est ainsi que la nature se rit des efforts du législateur sacré, comme de quiconque prétend fonder l'immuable.

Ce qu'il y a de fâcheux dans l'emploi de ces subterfuges, c'est que l'autorité du juge s'accroît ainsi de plus en plus aux dépens de l'autorité écrite ; or, la loi musulmane, qui n'admettait l'appréciation (*idjtihad*) des circonstances que dans des cas peu nombreux, la période de l'appréciation des *principes* étant fermée à tout jamais, avait pu admettre le système du juge unique, et profiter ainsi de l'avantage produit par la fixation des responsabilités sur une seule conscience ; aussitôt que pareil juge est admis à apprécier les principes mêmes, ceux-ci se confondent vite avec sa volonté, ou tout au moins avec son opinion basée sur les faits, non sur la doctrine, et son autorité ne se distingue plus assez du pouvoir discrétionnaire. Nous avons vu (p. 19, n. 1) un aveu de ce que les musulmans de Tunis entendent aujourd'hui par les principes de la loi. Nous avons aussi surpris (p. 27, n. 1) une tendance corrélative dans l'accroissement de l'autorité du conseil consultatif, et c'est une tendance qui a presque complètement vaincu les résistances du passé dans l'Orient hanafite et chaféite. Les institutions modernes gagnent donc du terrain, même en pays musulman.

On assure cependant qu'un des principaux projets des Français partisans du Protectorat tunisien et de la rigidité malikite, consisterait à donner au juge unique français, partout où il en existe, les attributions du tribunal de première instance... A quand celles du jury ? Sauf la différence d'étendue dans le champ de l'appréciation, le cadi les a.

Digitized by Google

l'y obligent et dont il ne peut se passer est que la *poignée* constitue partie du prix), il n'y a plus de préemption à exercer de la part de qui y aurait eu droit.

Digitized by Google

## CHAPITRE III

### LE MANDAT

51. La procuration est l'acte consistant en ce que quelqu'un en rend un autre capable de disposer à sa place, alors que le mandant est lui-même capable de disposer, non s'il est par exemple mineur, interdit, aliéné.

Quant au mandataire, une condition nécessaire est qu'il comprenne ce qu'est une vente ou tout autre contrat, lors même qu'il serait mineur[1].

Le mandat est admis dans tous les contrats qu'il est permis au mandataire de conclure lui-même.

[1] La minorité cesse à la puberté ; les marques distinctives diffèrent un peu suivant les rites.

Pour les Malikites les conditions exigées chez le mandataire sont les mêmes que chez le mandant, et le mineur ne peut être mandataire (Tuh. T. 274 ; Rah).

Digitized by Google

25. L'exercice d'un droit, comme la délivrance et la prise de possession de l'objet vendu, comme la réception du prix ou sa répétition contre le vendeur en cas d'éviction, comme l'action rédhibitoire, est pour le compte du mandataire dans tous les cas où celui-ci le rapporte à sa propre personne, en disant par exemple: *Je vends* (ou *j'achète*, ou bien : *je donne* ou *je prends à bail) de telle façon;* dans les cas où le mandataire rapporte ces actes à autrui, disant par exemple : *J'achète pour un tel,* ils sont pour le compte du mandant.

53. Le mandataire peut rendre une maison[1] pour cause de vice, tant qu'elle est entre ses mains, sans avoir besoin que son mandant le lui ordonne.

54. Celui qui a mandat d'acheter peut refuser de délivrer l'objet acheté au mandant, tant qu'il n'a pas reçu de lui le prix de vente, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il en a déjà fait l'avance ou non.

55. Si quelqu'un donne mandat pour acheter un objet déterminé, le mandataire ne pourra acheter cet objet pour son propre compte, à moins que l'achat ne soit conclu pour un prix autre que le prix fixé par le mandant, si celui-ci

[1] D'une manière générale, « l'objet vendu (Durr. IV, 623). »

Digitized by Google

l'avait fixé, ou pour des espèces autres que les siennes.

56. Le mandataire chargé de vendre ou d'acheter, ne vendra ni n'achètera pour un prix qui ne serait pas raisonnable dans les conditions habituelles du marchandage [1] ; il doit au contraire s'en tenir à la valeur réelle, à moins que le mandant ne lui ait donné mandat général, comme par exemple en lui disant de vendre pour le prix qu'il voudrait et comme il voudrait [2].

57. Le mandataire chargé de vendre, ne le fera qu'au comptant ou à un terme conforme à l'usage.

58. Si quelqu'un délivre à un autre une valeur pour un tiers, puis qu'une contestation survienne entre eux sur l'identité de celui-ci, le commettant disant : « Je vous avais ordonné de payer à Z., » et le commis disant : « Vous m'a-

[1] Formule compliquée applicable dans les deux sens et signifiant : « ... avec une erreur sur le prix, plus grande ou plus faible que l'erreur dans laquelle chacune des deux parties qui marchandent peut se laisser attirer par l'autre. » En arabe il y a treize syllabes pour tout cela.

[2] L'auteur a probablement pris l'exemple de vendre à dessein, car il n'en est pas ainsi dans l'achat, bien qu'il ne le dise pas explicitement. Le mandat général d'acheter ne donne pas le droit d'acheter pour un prix autre que le prix convenable, et s'il en est différemment avec le mandat de vendre, c'est seulement dans ce rite, sans même que tous les docteurs hanafites soient d'accord là-dessus (Rab., du mandat, art. 4 ; Durr. n. IV, 628 ; Kh. Dir. 684).

Digitized by Google

vez ordonné de payer à A. et je l'ai fait, » c'est le dire du mandataire qui fait foi, car, puisque les deux parties sont d'accord sur le principe même de la commission, c'est un homme de confiance.

59. Lorsque le mandat contient une restriction, on en tiendra toujours compte si elle est avantageuse ; mais dans le cas où elle serait utile dans un sens et nuisible dans l'autre, on en tiendrait encore compte s'il y avait eu insistance sur son utilité, mais autrement non. Si donc, le mandant avait dit : « Vendez cela sous réserve d'option, » et que le mandataire l'eût vendu autrement, la vente n'aurait pas d'effet ; elle n'en aurait pas non plus si, le mandant ayant prescrit de vendre en prenant caution ou gage, le mandataire avait vendu sans prendre ni l'un ni l'autre.

Digitized by Google

## CHAPITRE IV

### LE NANTISSEMENT

60. Le nantissement se produit de deux manières : le nantissement proprement dit, dans lequel le créancier nanti se borne à retenir par devers lui l'objet engagé, et un nantissement que nous appelons *vente rachetable* ou *vente admise*.

61. Les caractères communs de ces deux sortes de nantissement sont :

De constituer rétention d'une chose contre un droit que l'on a, comme une créance, droit que l'on peut satisfaire sur le gage ;

De se contracter l'un et l'autre par affirmation et acceptation ;

De ce que le nantissement devient parfait par délivrance[1] ;

[1] Condition qui n'est pas prescrite dans la doctrine malikite où le créancier, une fois le contrat conclu, peut exiger

Digitized by Google

De ce que le gage doit être possédé indépendant de tout droit, distinct ;

De ce que la mise à la disposition constitue délivrance ;

De ce que le débiteur peut revenir sur le contrat tant que le créancier n'a pas pris possession du gage ;

De ce que deux hommes peuvent en nantir un troisième d'un même gage, en garantie de ce qu'ils doivent ; le gage porte alors sur la totalité de cette dette et le créancier peut le conserver jusqu'à ce qu'il ait été payé entièrement, etc.

### LA VENTE A RÉMÉRÉ

62. Nous nommons le propriétaire qui met l'immeuble en gage, *vendeur à réméré*, et le créancier nanti, *acheteur à réméré*. Chacun d'eux se libère envers l'autre en rendant ce qu'il détient, alors qu'il se fait entre eux un échange de restitutions et de résiliations.

63. La vente à réméré est une combinaison

la remise du gage (Kh. Dass. 368) ; suivant les hanafites le débiteur peut encore refuser le gage et rompre le contrat, avant la délivrance. Quant aux autres expressions, la *possession réelle* ne pourrait exister sur le fruit non cueilli sans que l'arbre fût compris dans le gage, ni sur la moisson non récoltée, sans la terre ; l'*indépendance* du gage n'existerait

Digitized by Google

virtuelle de la vente définitive avec le nantissement proprement dit, en ce sens qu'elle est considérée :

D'abord comme un nantissement, si bien que le débiteur se fait rendre l'objet en payant ce qu'il doit, ou que l'acheteur est responsable de sa perte ou de sa diminution, de la même façon que dans le nantissement, comme on verra plus loin ;

Et ensuite, comme une vente définitive et valide par rapport à l'acheteur, au point qu'il peut légitimement manger les fruits produits par le gage et jouir de celui-ci en y habitant, le cultivant ou le donnant à bail [1].

64. La propriété de la chose elle-même est une condition essentielle pour que cette chose puisse être mise en gage.

65. Le nantissement n'est possible que de la part du majeur, sain d'esprit, sur son propre

pas dans un arbre dont les fruits seraient réservés ; *distinct* signifie le contraire d'indivis (Durr. v, 474). Chez les Malikites le gage peut être indivis (Kh. 375).

[1] Rien de plus embrouillé que cette question de la vente à réméré. Les jurisconsultes conservateurs ne veulent y voir qu'un gage et cassent le contrat, comme constituant une vente vicieuse, si le réméré y est donné comme condition antérieure ou simultanée ; de plus hardis sont allés jusqu'à permettre à l'acheteur à réméré la jouissance de l'objet ainsi vendu, bien que ce soit une usure manifeste, puisque le prêt, suivant la tradition biblique, maintenue dans l'is-

Digitized by Google

bien, agissant soit personnellement soit par mandataire. Les immeubles des mineurs, des aliénés et des interdits pourront donc seulement être mis en gage lorsqu'il en résultera un avantage notable à exposer dans l'acte de nantissement, et avec l'autorisation du Cadi ou du Conseil juridique ; le Cadi scellera l'acte de son sceau. Le père, si c'est un homme d'ordre, peut aussi engager l'immeuble de son fils mineur.

66. Le débiteur maître du gage, ne peut ni le vendre ni en faire donation sans l'assentiment

lam, est essentiellement gratuit (Voir là-dessus Durr. IV, 381 ; V, 477, 516).

Voici l'abrégé de la doctrine musulmane à ce sujet : « L'augmentation et la plus value, qui se produit dans le gage, si elle consiste en quelque chose qui en soit distinct, comme les petits qui naissent, les fruits, la laine, le poil, etc., sont la propriété du débiteur qui a fourni le gage ; de plus, suivant Malik, le petit est joint au gage, à l'exclusion des autres produits. — Tout le produit, suivant Abou-hanifah, est joint au gage primitif. — Tout cela, suivant Chafé'i, est distrait du gage. — Enfin, Abmed Ibn-Hambal dit que tout cela est la propriété du nanti, à l'exclusion du débiteur. » Une autre opinion consiste à attribuer le produit à celui, du débiteur ou du nanti, qui supporte les frais de l'entretien du gage (Rah., du gage, art. 10).

L'abolition de la prohibition de l'intérêt est une question mûre, comme bien d'autres réformes, dans la société musulmane. Le pouvoir laïque cependant aura seul la force de la résoudre ; car ce que notre auteur juge bon aujourd'hui, un autre peut le trouver mauvais demain. Comment le Bey empêcherait-il un câdi de juger, *sans appel*, d'après une opinion reconnue dans son école ?

Digitized by Google

du créancier nanti. S'il le fait, la validité de son acte sera subordonnée à cette approbation.

67. Le créancier nanti ne peut transférer la possession du gage à autrui, soit par vente à réméré, semblable à la vente de qui le lui a procuré, soit par nantissement proprement dit, soit par prêt, sans l'autorisation du débiteur, et, s'il le fait, ce dernier aura le droit de retirer le gage des mains du nouveau détenteur.

68. Le créancier nanti peut retenir le gage jusqu'à paiement de la dernière pièce de monnaie qui lui est due.

69. Si le gage vient à subir une dépréciation entre les mains du créancier nanti, comme si, par exemple, c'était une maison, dont les murs se sont ensuite écroulés, ou si c'était une terre, complantée d'arbres dont une partie ont été brulés, la somme à rembourser par le débiteur est réduite dans la même proportion : on partage cette somme en deux parties, l'une proportionnelle à la valeur de ce qui reste, l'autre, à celle qui a péri ; celle qui se rapporte à ce qui a péri est déduite de la créance, l'autre reste due.

Exemple : une maison valant mille deniers a été achetée pour cent, puis est tombée en ruines et ne vaut plus que cinq cents deniers ; la somme à rembourser pour réméré est réduite de cinquante.

Digitized by Google

Telle est la règle. Et c'est ce que nous appelons le risque du gage [1], s'il n'y a pas de la faute du nanti ; car si la perte avait eu lieu par sa faute, il serait responsable au même degré que l'usurpateur, en ce sens qu'il répondrait de la valeur de ce dont il aurait causé la perte, quel qu'en fût le montant.

70. Toute action pétitoire, pour être recevable, doit être intentée au propriétaire [2] et il faut nécessairement que le créancier nanti assiste au procès, soit qu'il s'agisse d'une demande générale consistant à dire par exemple : « La maison détenue par le créancier nanti, un tel, fait par-

[1] En effet ce mode de détermination de la quantité dont le créancier dépositaire est responsable en cas de perte partielle, n'est pas, malgré les termes de l'auteur, particulier à la vente à réméré (qui n'est qu'une innovation), c'est aussi la règle en matière de gage proprement dit ; ex. : Un gage consistait en un manteau fourré valant 40 drachmes pour une dette de 10 ; or, les mites l'ont détérioré et il ne vaut plus que 10 drachmes, le débiteur le reprendra en payant 2 drachmes et demi (Durr. n. v, 475). La responsabilité est complète, mais soumise à certaines restrictions, dans la doctrine malikite (Kh. 414 ; Tuh. 230).

[2] Ou plutôt du débiteur qui a engagé. Tout ce chapitre est rédigé assez confusément ; les termes qui s'appliquent au nantissement y sont continuellement mêlés à ceux de la vente à réméré. Cela n'a pas d'importance dans la pratique, puisque cette prétendue vente, suivant la coutume de Tunis, n'entraîne pas aliénation, et ne constitue en réalité qu'un nantissement sous condition de jouissance du gage pour le nanti.

Digitized by Google

tie de mes propriétés[1], » et telle est la revendication à titre de fondation pieuse, soit qu'il s'agisse d'une demande précisée par l'énoncé des causes, comme si l'on dit: « Elle est ma propriété par suite de l'achat que j'en ai fait à un tel qui en était propriétaire, (ou telle autre cause de propriété). »

Mais il en serait autrement si l'action consistait en la revendication d'un droit particulier sur le gage, telle que la prétention à un autre nantissement, à une location etc. ; c'est alors au créancier nanti qu'elle doit être intentée.

71. Les fruits pendants par racines au moment du contrat de nantissement appartiennent à celui qui engage. Si l'acheteur à réméré stipule que ces fruits lui appartiendront, il en sera ainsi, seulement le prix du réméré sera diminué d'une fraction égale à celle qu'ils représentent ; ainsi on estimera les arbres avec, puis sans leurs fruits, et l'on calculera le rapport des deux valeurs ; on répartira ensuite le prix dans la même proportion entre les arbres et leurs fruits, et la partie du prix afférente à ces derniers sera

[1] Notez la précision des vieilles formules arabes. Si l'on disait *ma propriété,* cela signifierait que l'on n'en a pas d'autres. Le style des modernes est bien différent, au point qu'on pourrait reconnaître les doctrines nouvelles rien qu'à la manière dont elles sont exprimées.

Digitized by Google

tenue pour acquittée. Quant aux fruits qui naissent après la conclusion de la vente à réméré, ils appartiennent à l'acheteur à titre gratuit[1].

72. L'acheteur à réméré d'une olivette ou d'un jardin, à partir du moment où il a fait la récolte, ne peut exiger de son vendeur l'exercice du réméré qu'au bout d'un an, à moins qu'il n'ait imposé au vendeur comme condition qu'aussitôt après l'enlèvement de la récolte, le contrat serait résilié et la créance exigible.

73. Le vendeur à réméré veut résilier le contrat après enlèvement de la récolte par l'acheteur, auquel il consent à faire l'avance du prix du réméré, sans attendre qu'une année soit écoulée, et en abandonnant le droit qu'il aurait de ne payer qu'au bout de ce délai ; l'acheteur ne peut refuser de recevoir le prix.

Dans le cas où le vendeur à réméré demanderait la résiliation au bout de l'année à l'acheteur, celui-ci ne pourrait plus s'y refuser à aucun titre.

[1] Il en sera ainsi tant qu'un câdi consciencieux et ne craignant pas le chef de la magistrature hanafite, ou simplement payé assez cher pour cela, ou effrayé par une autorité plus puissante, ne rendra pas un jugement basé sur une doctrine diamétralement opposée, jugement inattaquable (*rafie-l-khilaf*), après lequel on ne pourra arguer d'une doctrine différente, d'autant mieux que celle de l'auteur frise l'hérésie, ce dont il faut, du reste, le féliciter sincèrement.



Digitized by Google

De même, si au bout de l'année l'acheteur demandait au vendeur de résilier, le vendeur n'aurait pas le droit de s'y refuser, et, s'il s'y refusait, la justice, prononçant la résiliation, ordonnerait la vente, pour le produit en être affecté au paiement de la dette, à moins que le vendeur ne la payât d'une autre façon.

74. Lorsque le vendeur à réméré demande la résiliation du nantissement[1] dans le mois même qui suit la date du contrat, l'acheteur est tenu d'y consentir, mais plus tard non, à moins que ce ne soit au bout de l'année.

75. Si quelqu'un engage une olivette, que l'année s'écoule, puis que, dans le courant de la deuxième année par exemple, le vendeur demande à l'acheteur de résilier le nantissement, la récolte, à sa maturité, doit être estimée et partagée en douze fractions, échelonnées à partir du commencement de l'année ; on compte ensuite combien il s'est écoulé de mois depuis le premier jour de l'année jusqu'au jour de la résiliation, en tenant compte de la fraction de la récolte correspondant à chaque mois, et ce qui correspond à cette durée appartient à l'acheteur;

[1] V. p. 59, n. 2. L'auteur continue à confondre les termes, mais personne ne s'en apercevrait si au lieu de vente à réméré j'avais employé le terme de nantissement avec abandon d'usufruit. On vient de voir qu'il peut se produire résiliation sans réméré.

Digitized by Google

puis on compte les mois écoulés depuis la résiliation jusqu'à la fin de l'année, et ce qui y correspond appartient au vendeur.

76. Quelqu'un a vendu son immeuble à réméré moyennant un prix déterminé, et il y a eu délivrance réciproque entre lui et son acheteur; ensuite il prend l'immeuble à bail de ce dernier, en remplissant toutes les conditions nécessaires à la validité du contrat et reçoit délivrance; au bout de la durée convenue le propriétaire, auteur du nantissement, n'est pas tenu de payer le loyer [1].

[1] Singulière inconséquence ! L'exemple, assez peu fidèlement cité ici, se trouve également dans Durr. n. IV, 384 et y est suivi de cette considération empruntée à un auteur différent : « Si l'objet vendu à réméré est donnée à bail au vendeur, celui qui juge le premier contrat vicieux dit que le bail n'est pas valable et qu'il n'est rien dû ; celui qui regarde le premier contrat comme un nantissement, en dit autant ; celui enfin qui le regarde comme permis, permet aussi le bail, que ce bail soit consenti au vendeur ou à tout autre et déclare le loyer dû. »

Une quatrième opinion, qui résulte de notre manuel, consiste en ce que le nantissement avec abandon de l'usufruit n'est défendu que quand l'usufruit passe par les mains de l'emprunteur. C'est-à-dire que l'intérêt, dissimulé sous cette forme, devient alors plus apparent. Quelle différence réelle y a-t-il donc entre priver l'emprunteur du loyer de sa maison en la donnant à bail à un tiers (ce qui peut se faire fictivement, comme dans la coutume juive) et recevoir de lui-même ce loyer ? Mystère des consciences tiraillées entre la nécessité et le scrupule.

Digitized by Google

77. Si pendant le cours de la deuxième année, les deux parties résilient leur vente à réméré, l'acheteur ayant ensemencé la terre, sans toutefois que la récolte soit encore mûre, même si elle est encore en herbe, la récolte y est laissée jusqu'à maturité, contre loyer à dire d'expert, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la résiliation a eu lieu sur la demande du vendeur ou de l'acheteur.

78. Lorsque les deux parties résilient après que l'acheteur a préparé la terre, mais avant qu'il l'ait ensemencée, le vendeur obtient son assentiment, au moyen d'une indemnité en compensation de son travail.

79. Lorsque l'acheteur à réméré donne l'immeuble à bail, puis que survient résiliation de la vente pendant le cours de l'année, le loyer est dû à l'acheteur, bailleur à juste titre [1].

[1] L'auteur revient à sa première doctrine, dont voici la morale dans une citation de Durr. IV, 386 : « ... La sixième opinion sur la vente à réméré, c'est qu'elle est valable, à cause du besoin que l'on en a pour éviter l'usure, et à cause de l'adage : « De tout ce qui gêne l'homme, la règle n'est jamais stricte. » — C'est le principe même de l'islam. Comp. Coran, II, 233, 286 ; VI, 153 ; VII, 40 ; XXIII, 64. — Quant à l'expression : « pour éviter l'usure, » Ibn-Abidin (un auteur de ce siècle) l'explique ainsi. « En effet, celui qui a, ne prête pas sans y trouver avantage, alors que l'emprunteur est besoigneux ; on l'a donc admis pour que le prêteur tire avantage de l'objet vendu, et c'est un contrat

Digitized by Google

80. Lorsque l'acheteur à réméré donne l'immeuble à bail pour une certaine durée, puis que survient résiliation de la vente à réméré entre lui et le vendeur, avant cette durée, il faut distinguer les cas suivants :

1° Si la résiliation se fait sur la demande de l'acheteur, parce qu'il a une dette qu'il ne peut payer qu'avec le prix même du réméré, et que cela soit légalement établi, la résiliation de la vente porte jusque sur le bail, qui se trouve résilié par suite de la résiliation de la vente; mais si le fait n'est pas établi, la résiliation se restreint au contrat de réméré entre celui qui a donné et celui qui a reçu le gage, sans porter jusque sur le contrat de bail, qui subsiste au contraire jusqu'à la fin de la durée prescrite.

2° Si la résiliation se fait sur la demande du vendeur à réméré et que l'acheteur ait consenti le bail pour une durée inusitée, la résiliation porte jusque sur le contrat de bail, qui se trouve résilié par suite de la résiliation de la vente ; mais si l'acheteur a consenti le bail pour une durée usitée, le vendeur venant à demander résiqui a passé dans la coutume. Mais cela n'en est pas moins en contradiction avec la défense de vendre sous condition; aussi a-t-on préféré y voir un nantissement. »

Donc vive le chekh-el-islam de Tunis ! qui s'en tient à la coutume, ou à peu près ; et souhaitons beaucoup de pontifes comme lui à d'autres communions moins tolérantes.



Digitized by Google

liation de la vente et celle-ci étant résiliée, la résiliation se restreint aux deux contractants du réméré, saas porter jusque sur le bail, qui subsiste au contraire jusqu'à la fin de la durée convenue ; il n'y a point alors lieu de distinguer si le vendeur a ou n'a pas de dette qu'il ne puisse payer autrement qu'avec le prix du réméré [1].

81. La durée usitée des baux est de trois ans pour les terres ; toute durée plus longue est inusitée ; pour les biens fonciers [2] elle est d'un an et toute durée plus longue est inusitée.

[1] On voit bien dans le premier cas que la gêne chez l'acheteur puisse être une excuse, pour lui accorder la résiliation d'un bail qui empêcherait le vendeur d'accéder à sa demande et le mettrait dans l'impossibilité de payer sa dette ; en effet le bailleur gêné peut résilier pour vendre. (Durr. v, 76) ; mais dans le second cas, pour qu'il y ait parallélisme, je pense qu'il vaut mieux comprendre avec l'auteur de la première traduction, qu'il s'agit, non pas du prix du réméré, car ce n'est pas le vendeur qui pourrait l'employer à payer une dette, mais de l'immeuble même faisant l'objet de la vente à réméré, détenu à bail par un tiers, et que le vendeur pourrait avoir besoin de vendre pour payer quelque autre créance que le prix du réméré ; en effet celui-ci est toujours inférieur à la valeur réelle de l'immeuble. Ce serait la conséquence de l'article 79.

[2] Pour le mot arabe *'aqâr*, v. p. 11, n. 1. Il semble que la première catégorie doive comprendre les terres nues, et la seconde, la propriété bâtie ou plantée. Durr. (n. v, 5) donne pour le maximum de la durée des baux de biens consacrés, 1° dans les propriétés rurales *diyâ'*, trois ans, 2° dans les autres, comme maisons, boutiques, etc., un an.

Digitized by Google

82. Tant que le contrat de réméré subsiste, le prix du réméré ne constitue pas une créance de l'acheteur sur le vendeur; il ne devient créance qu'après la résiliation ; aussi ne peut-il être cautionné d'une manière absolue, mais seulement avec indication complémentaire d'une époque postérieure à la résiliation.

83. Quand on engage un *établissement* [1], c'est-à-dire les constructions ou plantations qui occupent la terre et dont l'emplacement fait l'objet d'un bail à demeure, c'est au créancier nanti, acheteur à réméré, qu'incombe la servitude grévant la terre occupée par l'objet qu'il a acheté à réméré, à moins que le vendeur ne l'ait prise en charge.

[1] *Inzal*, littéralement : « action de faire que quelqu'un s'arrête pendant le voyage (descende de sa monture), » de là : « action d'autoriser quelqu'un à camper, à s'installer sur une terre, à y édifier et planter. » Ce mot représente : 1° dans le principe, un droit, 2° ensuite l'idée concrète qui y est attachée quand le droit a été conféré par le propriétaire puis exercé par l'acquéreur, c'est à dire les travaux exécutés en vertu de ce droit, bâtiments, plantations, fouilles, etc., 3° enfin, par ellipse d'un antécédent, la rente due pour l'exercice de ce droit. C'est dans le deuxième sens que le mot est pris ici.

Digitized by Google

## CHAPITRE V

### LE BAIL

84. C'est la vente d'une utilité déterminée pour un salaire déterminé.

Il est de deux sortes, qui seront examinées ci-après, bail *d'établissement*[1] et bail sans établissement.

85. Le bail valable et effectif est soumis aux conditions suivantes :

1° Être consenti par une personne saine d'esprit, non interdite. Si donc un mineur, sain d'esprit donne à bail sa maison, la location est effective à la condition que le mineur soit émancipé, et sinon elle est subordonnée à l'approbation de son tuteur.

2° Être consenti par le propriétaire ou par quelqu'un investi légalement du pouvoir

[1] Avec le premier des trois sens donnés dans la note précédente.

Digitized by Google

de consentir le bail, comme le tuteur du mineur et l'administrateur de la fondation pieuse. La location consentie par un tiers sans mandat n'est donc pas effective ; cependant c'est un contrat, mais dont l'exécution est subordonnée à la ratification du propriétaire.

3° Porter sur un immeuble dont le bailleur puisse effectuer la délivrance.

4° Être exempt de clause d'option, car si le contrat contenait cette clause, le bail ne serait pas effectif pendant la durée de l'option, et le bénéficiaire de la clause aurait tout ce temps pour se dédire.

5° Être conclu avec l'assentiment de chacune des deux parties.

6° Avoir un objet, c'est-à-dire l'utilité, suffisamment déterminé pour écarter toute contestation, ce qui consiste à indiquer la durée de l'habitation, s'il s'agit de maisons ou appartements, la durée de la jouissance, s'il s'agit de boutiques, magasins, terres et autres immeubles.

86. Il est indispensable, dans les baux de terres, de déterminer, au moment du contrat, qu'il a pour objet l'ensemencement, et aussi de déterminer ce qui sera semé dans la terre louée, à moins que la coutume n'indique la nature de la semence à employer sur cette terre,

Digitized by Google

car ce qui est déterminé par l'usage est censé stipulé. Dans le cas contraire, lorsque le preneur stipule qu'il y ensemencera quelque plante qu'il voudra, c'est valable. Si même il n'avait pas déterminé au moment du contrat quelle serait la semence, puis qu'il ait ensemencé la terre, en fin de bail il devrait le loyer convenu, et le contrat serait devenu valable.

87. Il n'est pas permis de fixer dans les baux relatifs aux biens des fondations pieuses, aux immeubles des orphelins et aux terres domaniales, une durée de plus de trois ans.

88. Si le preneur dispose de l'immeuble loué en y construisant, en y plantant, en le garnissant de vitres ou en y faisant toute autre modification, il sera tenu, en fin de bail, de faire disparaître ses constructions et plantations, d'applanir le sol, et de rétablir l'immeuble dans son état primitif, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a agi avec ou sans autorisation, alors que la durée du bail était limitée.

89. Le preneur n'a pas le droit de construire ni de planter sur la terre louée, sans l'autorisation du bailleur.

90. Comme le bail est l'aliénation d'une utilité pour une durée déterminée, il a un commencement et une fin, le preneur sait donc de science certaine qu'il n'a pas le droit de pro-

Digitized by Google

longer la situation au-delà de la fin de cette durée ; en conséquence le bailleur n'est point tenu de l'avertir, avant que le bail soit expiré, fût-ce même une heure avant, pour qu'il se prépare à sortir. Lorsque le preneur veut renouveler, c'est à lui de se mettre d'avance en mesure avec le bailleur.

91. Si un homme donne sa terre à bail pour une durée déterminée, pour qu'il y soit fait constructions ou plantations, puis que, le bail écoulé, le preneur lui demande de laisser subsister son établissement, [1] c'est-à-dire ses constructions ou plantations, contre loyer à dire d'expert, et que le bailleur y consente, cela est permis, et c'est ce que nous appelons *établissement* ou *propriété superficielle* [2].

[1] Avec le sens réfléchi (*nuzul* = *manzil*, Qâmûs), J'ai traduit aussi *inzal* qui est transitif, mais s'emploie aussi dans le même sens, avec le même mot, pour être bref, pensant qu'il n'y a pas d'équivoque possible.

[2] *Kirdar* peut consister en construction, plantation, et même en terre rapportée (Qâmûs). Comme le réméré, qui a au moins cinq noms, comme toutes les idées nées dans des régions diverses de la communion musulmane depuis la rupture de son unité politique, *l'établissement* a bien une demi-douzaine de mots pour le représenter. A Tunis seulement il y en a encore un troisième usité, le *khouloû*, qui représente le droit au bail; c'est en principe, la propriété du *vide* de la construction qui, sous le nom de *raqabah* (cou, dans le sens de personne) constitue, avec le sol sur lequel elle est établie, la propriété de la fondation pieuse. On a estimé, dans la coutume de Tunis, le droit du propriétaire du

Digitized by Google

Il en est de même quand un homme, propriétaire d'une terre et d'arbres, vend les arbres sans la terre, puis laisse conserver à l'acheteur ses arbres sur ce terrain, contre loyer à dire d'expert, consistant à payer une quantité déterminée au bout d'un temps déterminé.

En résumé quiconque fait, à juste titre, des constructions ou plantations, peut les conserver moyennant loyer à dire d'expert, à moins qu'il n'en résulte un dommage, quand c'est dans une terre appartenant à une fondation pieuse, à un orphelin ou au Domaine.

92. Lorsqu'un homme a établi ses plantations ou constructions sur le terrain d'une fondation pieuse, et cela à juste titre, comme nous l'avons expliqué, puis que la durée du bail en vertu duquel il a fait ces travaux est expirée, qu'il n'y a pas cause de dommage à les laisser subsister, et que le loyer payé par le preneur est

*vide*, considéré comme associé de celui du *solide*, au tiers du tout, et il participe dans cette proportion aux charges et aux produits de la propriété tout entière.

On voit combien peu les termes techniques français rendent compte des institutions musulmanes à peu près correspondantes. Le mot *emphytéose*, même avec le correctif *perpétuelle*, dit trop dans le temps et ne dit pas assez quant au droit du *propriétaire de l'établissement*. L'assimilation fera disparaître bien d'autres distinctions, et alors, au point de vue du progrès, s'il doit être ainsi plus rapide, il n'y aura qu'à se louer qu'elles aient été méconnues.

Digitized by Google

un loyer convenable, si les bénéficiaires de la fondation se refusent à tout, sauf à la destruction des ouvrages, ils n'ont pas ce droit [1].

[1] Encore une lézarde que le temps a fait surgir dans l'édifice de la loi musulmane. Les jurisconsultes arabes eux-mêmes ne se sont pas trompés sur la portée de cette innovation qui est bien faite pour encourager la magistrature française à méconnaître l'une des institutions les plus funestes au progrès de la richesse publique en Tunisie, la main-morte.

Ibn-'Abidin (Durr. v, 29) la déplore amèrement, parce qu'elle est contraire à la doctrine primitive, « en admettant même, dit-il, que cela ne doive pas amener le locataire à s'emparer du bien de la fondation, et à en disposer comme de sa propriété, ainsi que cela se voit de notre temps ; il en devient alors propriétaire pour quelque minime et méprisable loyer, et prétend que toute augmentation qu'on veut lui imposer est une injustice et un abus. La source du tout se trouve dans les surveillants (*noddâr*, administrateurs), puisse Dieu aveugler les organes de leur surveillance ! (*anddrahum ;* il y a là un jeu de mots en arabe) à cause de leur ardeur pour la concussion dont ils nomment le produit émoluments. » On est allé à l'encontre du principe qui consiste à toujours choisir, entre deux doctrines, la plus favorable à la fondation. « Aujourd'hui c'est tout le contraire qu'on fait, au point que les câdis, quand ils ne trouvent pas dans le rite un subterfuge à employer contre la fondation, y parviennent à la faveur d'un rite étranger. Les choses en sont arrivées au point que les derniers vestiges des temples, des écoles et des savants eux-mêmes disparaissent, et que les bénéficiaires sont dans l'indigence, ainsi que les descendants des fondateurs. »

L'auteur reproduit alors les lamentations sur le même sujet d'un ancien jurisconsulte qui donnait comme exemple les jardins de Damas, tous loués pour des prix dérisoires,



Digitized by Google

93. *L'établissement*, lorsqu'une maison ou une terre adjacente se vend, ne constitue point une cause de préemption au profit de celui qui l'occupe, puisque celui-ci n'est pas propriétaire du sol.

94. L'ayant droit à *l'établissement* peut louer

tant dans le principe qu'en comparaison avec le cours actuel des loyers, et, en réalité, devenus la propriété des fermiers. Cet auteur, à propos des protestations que les locataires élèvent quand on leur parle d'augmenter leurs loyers, criant à l'oppression, alors qu'ils sont eux-mêmes les oppresseurs, citait le distique :

De l'amant qui se plaint tu te plains infidèle !
L'arc, frappant en plein cœur sa victime, gémit.

L'auteur, cité par Ibn-'Abidîn, demande instamment qu'on élève les loyers en profitant de la concurrence. Et il est certain que c'est encore un danger auquel les détenteurs européens des biens de main-morte, devront songer, tant que l'annexion de la Tunisie n'aura pas mis la religion d'état à sa véritable place. V. art. 96.

Que les Tunisiens aillent voir si les mosquées, les écoles et tous les établissements publics, devenus laïques dans nos sociétés modernes, ne sont pas mieux entretenus dans l'Algérie française, que dans leur pays encore soumis au pouvoir religieux. Vaut-il mieux que le Gouvernement prenne les biens de main-morte et assure d'une manière générale le but des fondateurs, ou bien qu'il laisse les *surveillants* trafiquer avec les spéculateurs? Il y a grand danger que cette source puissante de revenus ne tarisse bientôt, au profit de gens qui n'y ont aucun droit et sans que la colonisation en profite beaucoup, car il faut employer là des procédés à la seule portée des grosses bourses et des intrigants, deux genres auxquels les colons utiles n'appartiennent que par grande exception.

Digitized by Google

ses constructions ou plantations à un autre, mais c'est à lui qu'il incombe de payer le loyer de la terre, à moins qu'il ne consente au propriétaire de celle-ci délégation sur son locataire.

95. S'il vend *l'établissement*, il doit faire comparaître le propriétaire de la terre et lui consentir délégation du loyer de celle-ci sur l'acheteur.

96. Si la valeur locative des terres de fondation, d'orphelins ou du Domaine, se trouve avoir augmenté d'après expertise, l'ayant droit à *l'établissement* doit payer le loyer ainsi évalué.

97. Livrer sa maison à quelqu'un sous condition qu'il l'habitera et l'entretiendra, sans loyer, est un commodat, résiliable à la volonté du prêteur.

98. Quiconque a joui d'un immeuble appartenant à une fondation, à un orphelin ou au Domaine, ou d'un immeuble de rapport, comme un caravansérail, une maison ou un domaine, destiné par le propriétaire à être loué, doit nécessairement le loyer à dire d'expert.

99. La garantie des vices cachés en matière de bail diffère de la garantie en matière de vente. En effet l'acheteur a le droit de rompre à lui seul la vente avant la délivrance, mais

Digitized by Google

après, non, car alors il faut pour cela jugement ou consentement ; mais en matière de bail le preneur a le droit de rompre à lui seul le contrat pour vice caché, tant avant qu'après la délivrance.

Digitized by Google

## CHAPITRE VI

### DES TITRES, DES ACTES, ET DE CE QUI S'Y RAPPORTE

100. Le titre original d'une propriété immobilière étant regardé, suivant notre coutume tunisienne, comme une partie intégrante de l'objet vendu, il en résulte pour l'acheteur, [en cas de perte du titre,] le même droit à redhibition que pour le vice, résultant dans l'objet vendu de la perte d'une de ses parties [1]. De la même façon, en matière de nantissement, il résulte de la perte du titre entre les mains du créancier nanti, la même diminution de la créance que dans le cas de dépréciation du gage, conformément à ce qui a déja été expliqué [2].

Il en est encore ainsi lorsqu'on ne trouve pour l'immeuble qu'un acte de notoriété de

[1] V. art. 33. La concision est grande et je crois le texte incomplet.

[2] V. art. 69.

Digitized by Google

date récente, ou un titre ne contenant pas mention de trois établissements et transmissions de propriété, ou une copie du titre primitif, sur laquelle le magistrat n'aurait pas apposé son cachet et où il ne serait pas expliqué qu'elle a été collationnée sur l'original. Dans tous ces cas l'acheteur pourra exercer l'action redhibitoire.

101. Lorsqu'un acte de notoriété est entre les mains du possesseur, et qu'il est déjà vieux de trente-trois années, soit que le possesseur ait été le même pendant tout ce temps-là, soit qu'il ait changé, par suite de transmissions du possesseur primitif et de ses successeurs, qui ont reçu de lui, puis successivement les uns des autres, possession et propriété, toutes ces transmissions se trouvant expliquées sur la même feuille que le premier acte, (comme les instances en revendication au profit des fondations ne sont pas recevables après ce délai, si personne, pendant sa durée, n'a introduit d'instance en justice sur le même sujet) cet acte de notoriété tient lieu d'un titre original et même présente plus de certitude [1].

[1] En principe le droit est imprescriptible, seulement le chef de la Communion (le Sultan) a décidé depuis longtemps, et c'est une règle passée dans la coutume, que l'on ne reçoit plus d'instance, sauf ordre du souverain, après

Digitized by Google

**102. Le titre original est celui qui comprend au moins trois établissements de propriété, ce qui signifie qu'il y a eu au moins trois propriétaires qui se sont succédés dans l'immeuble.**

**Si une transmission a eu lieu par voie d'héri-**

*quinze années*, excepté en matière de fondation pieuse, bien d'orphelin ou héritage, ou s'il y a excuse légale. On n'est pas bien d'accord sur ces exceptions. — Le chef de l'Etat, *qui a le droit de limiter la compétence du juge dans le temps, dans l'espace et suivant la nature des procès*, a aussi le devoir de recevoir les réclamations même après cette durée, ou de déléguer à un juge la compétence nécessaire pour la recevoir. — L'arbitre n'est pas soumis à cette restriction. — Cette restriction n'a pas d'effet en cas d'aveu de l'adversaire. — La prescription est interrompue par une instance, non par une réclamation extra-judiciaire. La durée compte à partir de l'échéance. — La demande (comme la défense) du voyageur qui revient, est recevable même après cinquante ans. — La revendication de la part des bénéficiaires d'une fondation pieuse n'est pas recevable après *trente-trois ans*, même si le chef de l'Etat ordonnait de la recevoir (Durr. n. IV, 531).

Comparez pour l'autre rite Kh. 1698. Voir Kh. Dir. 1702, pour les créances personnelles ; elles ne prescrivent jamais, ou prescrivent après trente ans, suivant les uns, vingt ans suivant les autres, et, d'après l'appréciation du juge, suivant la meilleure opinion, car le silence du créancier peut équivaloir à une renonciation, après un temps très-variable et qui s'apprécie suivant les personnes et les circonstances. Pour les biens de fondations et d'autres exceptions, voir Kh. Dir. 1457 : « Le câdi ne peut débouter définitivement le demandeur qui prétend qu'un bien a été constitué fondation pieuse, et le demandeur pourra toujours présenter sa preuve quand il la trouvera, même si le juge l'empêche provisoirement de prendre l'objet revendiqué. »

Digitized by Google

tage, et qu'il y ait eu plus d'un héritier, il faut que le mode de transmission y soit mentionné, ainsi que chaque héritier en particulier, avec indication de la parenté, comme par exemple frère germain, consanguin ou utérin ; s'il y a eu des substitutions et transmissions dans l'héritage, la mutation doit être décrite en détail, de façon à n'omettre aucun héritier.

Il faut encore agir ainsi lorsque les ayants droit étaient copropriétaires pour une autre raison que l'héritage, et qu'il y en a qui ont vendu leur part à un copropriétaire ou à un étranger, ou ont exercé la préemption. Il faut absolument expliquer à chaque transmission la façon dont elle a eu lieu et avec mention des deux adels de la transmission, de manière à ne pas omettre une seule de toutes les parts, à moins qu'il ne s'agisse d'une part étrangère, par exemple à la vente. En outre, si la transmission a été constatée par des témoins, il faut encore que leur identité ait été constatée en ces termes : « Un tel, fils d'un tel [1], » de telle sorte qu'il en résulte

[1] Ajoutez : « ... le tel, » avec l'adjectif relatif de la fraction la plus petite *(fakhd)* de sa tribu, comme *le cotentinois ;* il ne suffirait pas de dire *le normand.* Ces adjectifs sont terminés en *i*, féminin *iyyah* : les interprètes ne peuvent généralement que les transcrire, dans l'incertitude où ils sont que l'un d'eux n'est pas devenu un nom patronymique, et aussi parce que le nom primitif quelquefois n'est

Digitized by Google

que les deux témoins certificateurs de chacun le connaissent, car s'ils n'affirmaient pas son identité d'une façon incompatible avec l'ignorance, ou que l'un d'eux seulement ait eu son identité certifiée, le titre serait vicieux.

Il faut encore que celui-ci ne contienne ni grattage ni rature dans les passages en cause, qu'il n'inspire aucun doute, comme par exemple si une partie en avait été coupée à une place où l'on penserait trouver un acte de fondation, ni qu'il s'y trouve de note annulative, à moins que le contrat n'ait pour objet des parties de l'immeuble autres que les parties pour lesquelles le titre aurait été ainsi annulé [1].

pas beaucoup plus commode à reconstruire que Béziers de Bitérien.

Il s'agit ici d'un témoignage rapporté, une constatation au deuxième degré.

[1] Il s'agit des mentions indiquant annulation de la valeur du titre sur telle ou telle partie, divise ou indivise, de l'immeuble, et qui s'écrivent à n'importe quelle place, en haut, en bas, entre deux actes, et jusque dans les interlignes, où les adels d'une transmission postérieure et plus tard l'interprète, doivent aller les chercher et les déchiffrer. Il arrive fréquemment qu'elles sont omises et je ne dis pas que ce soit toujours à dessein, d'autant mieux que l'écriture, surtout tracée avec le roseau, est la chose du monde la plus facile à laver, sans en excepter la conscience de certains adels.

Je n'aurais pas insisté là-dessus, si quelqu'un n'avait prétendu trouver dans ce système de transcription une grande

Digitized by Google

103. Si le titre est *sommaire*, c'est-à-dire s'il s'y trouve recueilli tout ce à quoi avait trait le titre original, sans que l'on ait omis de celui-ci autre chose que ce qui ne saurait être utile en cas de discution,

1° Il doit remplir toutes les conditions du titre original ;

2° Il ne peut être extrait du titre original qu'avec l'autorisation du magistrat ;

3° L'identité des adels de l'original doit être affirmée par les deux adels du sommaire, sans laisser naître aucun doute, de telle sorte qu'il y ait vraisemblance de leur part ; car si l'un de ceux-ci, qui serait du Djerid par exemple avérait la signature d'un adel de Sousse d'il y a au moins cent ou deux cents ans, cette avération ne serait pas admise, à cause de son entière invraisemblance ;

4° Il doit avoir été extrait avec l'autorisation du magistrat et porter l'empreinte de son sceau avec mention de sa main indiquant qu'il atteint le but recherché ;

5° Pour qu'il puisse être extrait, il faut que les adels de l'original soient morts ;

6° Une règle commune au sommaire, à l'ori-

supériorité, surtout en matière hypothécaire, sur celui dont se servent encore les peuples arriérés des pays transméditerranéens.

Digitized by Google

ginal et à tous titres pouvant servir dans une discussion, c'est qu'il ne doit pas y avoir été pris acte contre quelqu'un d'une transmission de propriété par vente, donation ou obligation personnelle, en se bornant à donner son signalement, à moins que le dernier vendeur, contre lequel acte est pris avec connaissance de son identité, ne possède et détienne la propriété qu'il vend, depuis plus de trente trois années ;

7° L'identité de la personne contre laquelle il est pris acte, dans tout titre original, titre sommaire ou autre, doit toujours être connue des adels [1] ou à eux affirmée par deux hommes habiles à témoigner, ou un homme et deux femmes, comme pour un témoignage ordinaire. Si l'identité des deux *certificateurs* n'est pas connue des deux adels, elle leur est certifiée par deux hommes, ou un homme et deux femmes qu'ils connaissent ; ceux-ci doivent remplir les mêmes conditions que les premiers certificateurs sous le rapport de l'habilité à témoigner.

[1] Il ne faut pas prendre au pied de la lettre la distinction que la traduction établit entre *témoin* et *constater* ou *témoigner*, d'une part, et de l'autre *adel* et *prendre acte*, il n'y a aucune différence dans le texte entre celles de ces expressions qui sont corrélatives. L'institution est trop moderne pour que la nomenclature se soit précisée à ce point. Souvent *'adl* est un témoin ordinaire et *châhid* un témoin officiel.

Digitized by Google

En résumé, il est indispensable que l'identité de celui contre lequel il est pris acte, soit connue d'une manière absolument certaine, soit directement, soit par l'intermédiaire de deux certificateurs qui puissent calmer tout scrupule dans la conscience de l'adel.

Si donc l'adel avait dit dans l'original ou le sommaire : « ... son identité étant constatée par la certification (*ou* le témoignage) de qui a dit se nommer un tel, » ou : « ... dont il est établi que son identité a été certifiée, » ou : « ... dont (*un seul*) a certifié l'identité, » ou encore si l'adel avait donné son signalement, tout cela serait inacceptable, et l'acte serait vicieux.

104. Le témoignage rendu par une personne que l'on se borne à entendre, n'est pas valable.

Ainsi la femme, par exemple, contre laquelle il est pris acte qu'elle vend, ou qu'elle souscrit tel autre contrat, doit comparaître en personne devant deux adels[1] ; il n'est pas nécessaire qu'elle découvre son visage ni aucune partie de ses membres, elle peut très-bien rester voilée ; les deux certificateurs la montrent aux deux adels qui doivent prendre acte du contrat contre elle, et disent : « Cette femme est une telle, fille d'un tel ; qui a parlé de telle façon. » Si les

[1] Ou témoins.

Digitized by Google

adels prenaient acte séparés d'elle par un rideau, ou si elle se trouvait elle-même cachée à la vue alors que les deux certificateurs affirment son identité, l'acte n'aurait aucune valeur contre elle.

105. Il arrive que deux témoins transmettent leur témoignage contre un tiers à deux autres témoins, (comme lorsqu'ils transmettent à deux autres témoins le témoignage qu'ils ont à faire contre telle femme, de telle origine, que sa condition empêche de se montrer, ce qui consiste en ce que les deux premiers témoins requièrent les deux derniers de constater leur témoignage contre la susdite, qu'elle a fait telle chose...), les deux derniers témoins témoignent alors du témoignage des deux premiers[1].

[1] J'ai dû lire à la fin, pour obtenir une proposition correspondante à la condition : *fayachhad*, au lieu de *wayachhad*. Mais la phrase paraît incomplète.

Il s'agit ici de la déclaration dite des cinq *chîn* parce qu'elle comprend cinq mots (qui peuvent être réduits à trois) contenant la racine *ch. h. d.*, chîn étant le nom de la première des trois consonnes radicales : « Je *témoigne* de ce qu'un tel m'a *pris à témoin* de son *témoignage* consistant en telle chose, et m'a dit : *témoigne* de mon *témoignage*. » (Durr. n. IV. 608) Comp. Kh. 1610.

Le témoin rapporteur peut être un témoin officiel ou tout autre.

Toute l'autorité du Bey se briserait contre le principe formulé ainsi par Kh. 1591 : « L'acquisition des données du témoignage, quand il s'y trouve nécessité, est un devoir

Digitized by Google

106. L'effet d'un contrat de vente est limité, en matière d'établissement de propriété, aux deux seuls contractants. Si donc, un individu possède, par exemple, un domaine, prétendant que ce domaine fait partie des biens de fondation de son aïeul un tel ; puis qu'un autre vienne à revendiquer ce domaine comme lui ayant été transmis à titre de propriété par son père, qui l'avait acheté d'un tel, celui-ci d'un tel, et ce deuxième d'un autre encore, qu'il produise un titre, mentionnant ces transmissions, dans lequel les limites réelles du domaine soient décrites, tout cela ne fera pas que le domaine sera retiré à son possesseur, car il se peut que tous ces individus aient vendu ce qui ne leur appartenait pas. Mais par exemple, le titre engage très-bien les parties du contrat de vente. On voit donc que, sous ce rapport, ce que l'on désigne dans le pays sous le nom d'acte de notoriété est plus sûr que le titre original, parce qu'il contient, au profit de son détenteur, des témoignages qui établissent sa propriété.

107. Quant aux étrangers que des traités,

*de suffisance* (incombant seulement à un nombre de musulmans *suffisant* pour qu'il soit rempli, et qui faute d'autres deviendrait un devoir individuel, dans le cas par exemple où deux hommes susceptibles de témoigner, en matière immobilière, seraient seuls présents). La prestation du témoignage qu'on a acquis, est un devoir *individuel*.

Digitized by Google

passés entre le gouvernement tunisien et leur gouvernement, autorisent à acquérir des immeubles, il est indispensable que tous leurs contrats soient établis par le ministère des adels qui tiennent du Souverain qualité pour dresser les actes [1], parce que telle est la voie que les traités prescrivent de suivre, et parce qu'il est interdit aux autorités judiciaires de tenir compte d'un acte ayant une autre origine, encore que celui-ci remplisse toutes les conditions à considérer dans un acte pareil [2].

108. Chacun doit payer le salaire des adels du titre qu'il reçoit et dont il profite. Si donc, quelqu'un a ainsi payé le coût d'un acte où il se trouve mentionné reconnaissance d'une créance déterminée, puis que le souscripteur acquitte cette créance, l'acquit est inscrit sur

[1] Littéralement : s'établir en qualité de témoin, se consacrer au témoignage.

[2] On ne saurait trop rappeler à ceux que cela regarde et qui l'ont déjà appris, s'ils ont lu la note 1, p.12, la raison de cette règle, dont voici encore un corollaire : « Deux mécréants témoignent du témoignage rendu par des musulmans en faveur d'un mécréant contre un autre mécréant ; cela n'est pas recevable (Durr. IV, 611). Les autres rites sont plus sévères et rejettent le témoignage des mécréants d'une façon absolue, suivant le passage du Coran : « Prenez à témoin deux hommes d'*entre vous*. » Voir Beydâwî, Coran II, 282 et les commentaires de Kh. 1473, qui s'appuient encore sur le passage du Coran, LXV, 2.

Digitized by Google

l'acte, dont on déchire aussi un morceau[1]; mais le porteur n'est pas tenu de délivrer l'acte au souscripteur ; cela dépend de lui, car l'acte est sa propriété.

109. Quelqu'un accepte un titre ou un témoignage, sans que les conditions que nous avons expliquées y soient remplies, de telle sorte que ce titre soit entaché d'un vice quelconque ; de plus, son assentiment est constaté par les adels, et il a signé s'il savait le faire, ou, s'il ne le savait pas, l'acte dans lequel son assentiment est constaté a été scellé par quelqu'un ayant le droit de faire usage d'un cachet ; il a beau arriver ensuite que l'imperfection du titre se découvre, parce qu'il se sera produit une revendication sur tout ou partie de l'objet en cause, et qu'un jugement l'aura confirmée, aucune responsabilité n'est engagée, si ce n'est que l'acheteur, par exemple, a son recours contre son vendeur, en restitution du prix, si c'est une personne solvable.

Voilà les règles que j'ai pu donner ici, avec l'aide de Dieu et je fais appel à toute votre indulgence, éminent et savant Ministre, pour le retard que j'y ai mis.

[1] Ordinairement la formule initiale de tout écrit musulman : « La louange à Dieu. »

Digitized by Google

En effet, avec les occupations de ma charge, qui sont nombreuses, avec les questions très-variées qui me sont adressées, et dont chacune, comme vous le savez bien, demande un examen approfondi, extraire ces principes n'a pas été chose facile. Heureusement que nous pouvons tous compter sur l'aide de Dieu.

Agréez les salutations du serviteur de la Loi pure, Ahmed fils d'Elkhôdja.

Clos à une heure du matin de mardi 22 Dilqâdah 1300[1].

[1] 24 septembre 1883.

La rédaction des principes de la loi tunisienne, que bien des Européens attendaient depuis longtemps, a duré ainsi trois jours de plus, à en croire le Coran, que la révélation de la loi mosaïque (C. VII, 138).

Que M. le Cheykh-el-islam veuille bien pardonner à un de ces Français railleurs, qui ne sont pas méchants pour cela, comme les Tunisiens l'éprouvent assez, de s'amuser un peu pour se distraire de sa tâche. Si les jeunes interprètes, pages espiègles qui président aux destinées de la Tunisie, racontent à ce digne magistrat que j'ai mal parlé de lui en français, langue qu'ils n'ont guère apprise tout en négligeant la leur, qu'il réfléchisse, lui homme d'étude, à ce que valent les paroles des mignons de cour et au temps que j'ai passé, à la peine que je me suis donnée, pour traduire son manuel : il se convaincra vite ainsi de ma croyance en la très-grande utilité de son travail.

Et pour finir par la note gaie, puisque j'écris en français, je recommanderai cet artifice de date (1 h. du m.) aux sa-

Digitized by Google

vants d'Europe ; non pas à ceux qui ont choisi pour genre le travail facile, l'esprit leste et dégagé, l'assimilation prompte, la déduction rapide, mais à ceux qui s'efforcent de passer pour le bœuf creusant péniblement son sillon, et qui veulent donner une senteur d'huile à leurs écrits.

Digitized by Google

## DEUXIÈME PARTIE

*Lettre de Monseigneur*[1] *Mohammed Eschadelî, fils de Sâleh, bach-mufti du rite malikite.*

La louange à Dieu. Que Dieu favorise notre seigneur et patron Mohammed et le protège !

Celui qui parle ici est le serviteur qui ne peut se passer de son maître, Mohammed Eschadelî, fils de Sâleh, puisse Dieu l'absoudre, amen !

Voici quelques questions extraites sous une forme concise de livres renommés et corrects ; je les ai recueillies pour l'utilité des personnes que cela intéresse. Dieu fasse que ce but soit atteint ! Je l'en prie par égard pour Celui qui est la miséricorde même, l'intercesseur des fidèles.

[1] Il y aurait lieu ici à la même remarque qu'à la note 1, p. 15.

Digitized by Google

QUESTION I. Les éléments de la vente sont au nombre de trois :

1° La forme du contrat, consistant en une affirmation de la part du vendeur et une acceptation de la part de l'acheteur, celle-ci étant faite séance tenante, soit sans aucune interruption, soit avec une interruption consistant en paroles telles que l'usage puisse les faire considérer comme connexes avec la réponse aux paroles de l'autre partie.

2° Le contractant, ce qui comprend le vendeur et l'acheteur ; les conditions exigées de chacun d'eux pour que le contrat soit obligatoire, sont : la responsabilité [1], la capacité d'administrer [2], la liberté.

3° L'objet du contrat, ce qui comprend la chose vénale et le prix. Ils sont soumis à plusieurs conditions. Ils doivent être connus des deux parties. Leur délivrance doit être possible, c'est-à-dire qu'il doit y avoir possibilité, non pas d'opérer la délivrance même, mais d'arriver à l'opérer [3] ; en effet, on peut vendre l'objet hors vue, le gage etc. mais non pas ce dont

[1] *Taklîf* exclut le mineur et l'aliéné (Kh. Dir., ch. de la capitation, sect. 2).

[2] Exclut l'esclave et l'insensé. V. note 2, p. 24.

[3] Comme l'esclave marron, dont le signalement est connu et qui s'est réfugié dans un endroit connu où il est facile de le reprendre (Kh. Das. 13).

Digitized by Google

la délivrance est impossible, omme l'esclave marron et le chameau devenu sauvage.

Un rédacteur de contrats [1] a indiqué la manière d'exposer ce qu'il y a lieu de considérer dans la chose vénale et le prix : « La forme du contrat, dit-il, en ce qui concerne les propriétés, consiste en ce que le rédacteur y mentionne leurs qualités distinctives, leur situation, leurs limites ; qu'il dise que le contrat a été conclu à leur sujet sans stipulation de condition, réméré ou option, et que les parties connaissent la quantité et le montant de l'objet de leur contrat ; qu'il mentionne le prix et en quoi ce prix consiste, sa délivrance au vendeur, la requête à fin de constatation contre les deux contractants, la responsabilité en cas de vice et de revendication partout où la loi l'exige. Avec cela une vente est valable. »

Question II. Si une portion du prix est déterminée par le fait seul qu'on l'a montrée [2] et que le nombre en soit inconnu, la vente n'est

[1] *Mowattiq* serait bien *notaire* si ses actes étaient authentiques ; ils ne sont même pas définitifs, puisque le *témoin* peut toujours se dédire. On ne saurait trop se défier des termes techniques, dont le sens est toujours précis, quand on les emploie dans les traductions ; le mot du langage commun, précisé par un contexte approprié, est bien préférable.

[2] Comp. p. 31, n. 1.

Digitized by Google

pas valable. Cependant si le magistat hanafite juge qu'il est valable de considérer cette portion comme étant comprise dans le prix de la vente, celle-ci n'est pas viciée pour cette raison. Dès lors la vente est valable, la différence des rites ne peut plus être invoquée, et, d'un commun accord, cela constitue un empêchement à l'exercice de la préemption [1].

QUESTION III. VENTE SOUS CLAUSE D'OPTION. — La vente d'immeuble peut être faite avec clause d'option au profit de l'un des contractants ou de tous les deux, pour une durée d'un mois et six jours au plus, dans le but de réfléchir sur l'affaire. La stipulation d'un plus long délai vicie le contrat.

Le vendeur [2] ne doit pas habiter pendant ce délai.

[1] Sans ce jugement, si le prix accusé est trop élevé, le câdi malikite le fixe à dire d'expert (Kh. 917). Comp.p.9, n. 1.

[2] Kh. Dass. 128, dit formellement que c'est de l'acheteur qu'il s'agit et encore cette probibition n'est-elle pas absolue. Il s'agit évidemment d'empêcher l'usure, déguisée sous la forme de jouissance d'un objet, soi-disant vendu, qui ne serait qu'un gage.

Quant au mot *tarawwî* dont je n'ai traduit que l'équivalent en langage commun donné par l'auteur, *fakr*, il est, dans son sens juridique, synonyme de *chart* en tant que complément du terme *khiyâr* ; avec le premier complément: *option de (après) réflexion*, avec le second, *option de condition, (conventionnelle)* ; l'équivalent technique choisi par Seignette est *condition potestative résolutoire*.

Digitized by Google

A l'expiration du délai d'option, la vente est obligatoire.

Le prix ne peut être payé pendant le délai, et si ce paiement anticipé a été stipulé, la vente est vicieuse, lors même que le paiement n'aurait pas été effectivement fait d'avance.

Question IV. Vente de la chose d'autrui. — La vente d'une marchandise par un autre que par son propriétaire est valable, même dans le cas où l'acheteur saurait que le vendeur n'est pas propriétaire de l'objet vendu. Cette vente, connue sous le nom de *vente de l'intrus*, oblige l'acheteur, mais non le propriétaire, à la ratification de qui elle reste au contraire subordonnée. Cependant, si la vente avait lieu en sa présence, sans qu'il dît rien, la vente l'obligerait aussi et l'intrus deviendrait son mandataire.

Question V. Vente sur déclaration. — On peut acheter un immeuble ou quoi que ce soit, sans savoir si le vendeur est sûrement propriétaire, en s'en rapportant au dire du vendeur qui prétend que c'est sa propriété, et sans que celui-ci ait un titre qui constate ses droits. En cas de revendication on se fait restituer le prix par le vendeur. C'est ce qui s'appelle vente sur déclaration.

Question VI. Vente du père. — Le père peut vendre pour le compte de ses fils mineurs et

Digitized by Google

de ses filles célibataires [1], qu'il ait une raison pour vendre ou qu'il n'en ait pas, et ses actes sont toujours censés raisonnables jusqu'à preuve du contraire. Il en est ainsi, même quand la vente porte sur un immeuble, mais pourvu que le prix soit conforme au cours à l'époque de la vente, car s'il lui était de beaucoup inférieur, ce serait un acte de mauvaise gestion et une dilapidation des biens de l'enfant ; la vente serait annulée. En présence de tendances pareilles, le câdi ne donnerait pas au père le pouvoir d'administrer ces biens.

QUESTION VII. VENTE DU TUTEUR. — La vente par le tuteur testamentaire d'un immeuble de son pupille est définitive, s'il y a une raison à cette vente, et lors même que cette raison ne serait connue que par la déclaration du tuteur.

[1] Le sens juridique de *bikr* n'est pas aisé à exprimer d'une manière concise ; il est exactement l'opposé de *mohsan*, qualification comprenant dix conditions dont la réunion est nécessaire chez l'auteur de la fornication criminelle pour qu'il soit lapidé (Kh. 1948). Ne connaissant pas encore le sens technique de ce mot que j'avais toujours considéré comme l'équivalent de *vierge*, je fus très-étonné un jour de le trouver appliqué, par un câdi algérien des plus instruits, à une femme qui avait été prostituée.

Cette minorité de la femme, qui continue même après la puberté et avec la capacité d'administrer, est particulière au rite malikite (Kh. 503 ; Rah., ch. de la faillite et de l'interdiction, le dernier article).

Digitized by Google

Si même elle n'est pas justifiée la vente est encore exécutoire et définitive tant qu'il n'y a pas lésion dans le prix. C'est pourquoi les adels mentionnent, dans l'acte de vente du tuteur, qu'ils ont connaissance de la tutelle, de la convenance du prix et des circonstances qui ont motivé la vente, telles que l'abondance ou le dénument ou toute autre raison qui la justifie.

Question VIII. L'immeuble vendu, la garantie en passe à l'acheteur par le fait seul d'une vente valable [1], et le vendeur est tenu de se substituer l'acheteur. S'il ne fait cette substitution au moment de la vente, il la fait ensuite, ce qui signifie qu'il met l'acheteur en mesure de prendre livraison et possession.

Si le vendeur se réserve, au moment du contrat, d'habiter la maison, cela est permis pour une durée comme d'un an, mais non davantage; quant aux autres immeubles, le vendeur peut s'en réserver l'usufruit pour dix ans au plus.

Question IX. Lorsque quelqu'un, capable d'administrer[2], vend un immeuble à lui appartenant, il ne peut ensuite alléguer qu'il y a eu lésion, du moins suivant la coutume de la province

[1] Voir Kh. 227. L'auteur est réellement trop concis.

[2] *Rachid*, qui n'est pas interdit (esclave, mineur non émancipé, aliéné), ni insensé (*safih*).



Digitized by Google

d'Afrique. Quant à l'insensé pour lequel son tuteur a consenti vente, il peut intenter l'action, fût-ce même un an après la vente, si celle-ci n'a pas été conclue pour un prix qui serait raisonnable dans les conditions habituelles du marchandage [1], l'erreur fut-elle même inférieure au tiers.

Le mandant peut aussi, en cas pareil, intenter la même action.

QUESTION X. S'il y a contestation entre les parties sur le montant du prix et que l'objet vendu n'ait ni péri ni passé en mains tierces, toutes deux prêteront serment. Toutefois le vendeur devra jurer le premier et ensuite l'acheteur aura le choix entre maintenir le contrat au prix affirmé sous serment par le vendeur, ou affirmer lui-même son dire par serment et alors la vente est annulée.

QUESTION XI. Pour toutes les constatations importantes, comme celles des ventes, on n'admet que le témoignage des adels, là où il s'en trouve, parce que l'usage est qu'on ne s'adresse pas pour cela à d'autres qu'aux seuls adels qui se consacrent à ces constatations. Il faut en excepter le cas où des témoins auraient constaté un fait, sans préméditation de leur part et sans en avoir été requis [2].

[1] V. la p. 52, n. 1.

[2] C'est ce que j'ai déjà dit (p. 45, n. 3 et p. 85, n. 1). Le

Digitized by Google

## QUESTION XII. Lorsqu'un titre est ancien, non suspect, et comprend au moins trois établisse-

souverain peut bien défendre à ses sujets, qui ne sont pas témoins officiels (ce que nous appelons adels), d'obéir aux réquisitions des particuliers pour aller constater un fait, mais à la condition cependant qu'il y ait deux témoins officiels à portée de faire la constatation, car autrement ce serait un devoir religieux d'obéir à pareille réquisition. En outre le souverain a pu aussi défendre aux témoins non officiels de rédiger eux-mêmes leurs constatations, et on y aurait gagné, si le choix des adels avait été scrupuleux (dans un pays surtout où l'instruction est si répandue), une rédaction uniforme et l'observation des règles tant fondamentales qu'imposées par la coutume. Malheureusement c'est par centaines que l'on compte les adels dans la seule ville de Tunis, et s'il en est de très-compétents, combien aussi d'incapables et combien d'indignes !

L'institution du notariat s'impose. Mais hélas ! tant que la religion d'état existe, tant que le représentant de la France à Tunis n'est qu'un agent au service du Bey (et non pas le premier), que nos soldats et nos fonctionnaires fêtent chez l'imam de la nation le 'ide-l-fitr et le 'ide-l-adhâ, au grand ébahissement des musulmans qui y voient une faiblesse et une hypocrisie, d'aucuns même une profanation, tant que la quantité, la qualité ou l'influence des Européens qui souffrent de cet état de choses, ne pèseront pas plus que celles de ceux qui en jouissent, il ne faut pas compter sur pareille réforme.

Un notaire français ne serait compétent (v. p. 87, n. 2). qu'*entre les seuls mécréants dont les immeubles ne devraient jamais faire retour à un musulman.* Mais si peu que les *fidèles* risquent d'être atteints par l'institution, le personnel notarial devra être triplé, à raison de deux adels musulmans par notaire mécréant, sans compter l'interprète. On voit d'ici cette nouvelle économie de frais du protectorat pour les justiciables.

322689

Digitized by Google

ments successifs [1] de propriété, c'est tout ce qu'on peut exiger du vendeur, et la vente faite d'après lui oblige l'acheteur, surtout si ces établissements de propriété sont basés sur un acte de notoriété constatant le même droit [2]. Si le titre de propriété consiste en un acte de notoriété de date récente, l'acheteur peut opter entre maintenir et résilier le contrat. Telle est notre coutume. Si le titre est un sommaire, dont le propriétaire soit porteur, comprenant toutes les données essentielles, il est suffisant pour établir la propriété.

Comme il y a déjà *cinq* adels musulmans, nommés par le Bey pour confirmer les rarissimes jugements qui peuvent être rendus en matière immobilière par l'*unique* tribunal mécréant de Tunis, je ne pense pas que l'on m'accuse à ce sujet de la plus petite exagération.

[1] J'ai ajouté successifs, parce que cela ressort de la manière habituelle de rédiger les actes, outre que le sens l'indique. Voici le canevas : « Après que les droits de A ont été établis sur la propriété de..... par suite de (vente, donation etc.)..... de B..... (suivant acte dressé par..... en date.....), les droits de B étant établis par..... de C....., les droits de C étant établis par..... de D....., comparaît A qui requiert acte de ce qu'il vend etc. »

[2] «..... les droits de D reposant sur l'acte de notoriété ci-dessus (ou au recto). » Tous ces actes se suivent généralement dans l'ordre que voici, sur la même feuille, rallongée suivant les besoins : d'abord l'acte de notoriété, puis le premier acte de transmission, commençant en marge, dans le sens longitudinal et finissant en bas du précédent, en travers ; ensuite un second, en bas, avec marge ; ensuite un troi

Digitized by Google

On ne délivrera aucune copie de titre[1], de crainte que plusieurs ne se trouvent avoir droit à une même propriété, à moins cependant que

sième, commençant en marge et finissant en bas, etc. Chaque acte nouveau récapitule les précédents, comme dans l'exemple de la note 1, en indiquant la situation de chacun sur la feuille, ou, s'il y a lieu, mentionnant que tel acte est dressé ailleurs et que les adels soussignés en ont pris connaissance.

Rien n'est moins impossible, surtout alors que le cachet du magistrat est en haut, à la place d'honneur, que de couper un titre à tel endroit, ou d'en décoller le bas et d'y ajouter une rallonge où l'on écrira (avec cette facilité qu'ont les arabes d'imiter les écritures) tout ce que l'on voudra, comme par exemple une poésie pastorale.

Nous signalons le procédé à ceux qui veulent prendre un gage ou acheter une propriété ou qui se dessaisissent d'un titre par voie de nantissement ou dépôt.

[1] J'obéis au sens évident, bien que la phrase paraisse se rapporter à *titre sommaire*. Du reste c'est l'usage des auteurs de manuels arabes, de s'inquiéter peu de la correction pourvu qu'ils soient compris dans le plus petit nombre de mots possible, puisque ces ouvrages, souvent fort longs, malgré leur concision, sont destinés à être appris par cœur.

Si je critiquais trop l'honorable bach-mufti, il me répliquerait avec raison : « Mais n'avez-vous donc lu ni le Mokhtaçar ni l'Alfiyyah ! » Je supplie les deux éminents jurisconsultes tunisiens de croire que j'ai pris pour seule tâche de mettre leurs savants enseignements à la portée du public européen. Il ne m'appartient pas d'en critiquer la forme, et j'ai bien assez à faire de discuter la pure doctrine à notre point de vue laïque, non pas anti-musulman, que l'on veuille bien m'en croire, car je ne pense pas que les musulmans d'Afrique aient un plus fidèle ami que moi.



Digitized by Google

l'original ne soit en mauvais état, et alors on en fait mention dans la copie et l'on écrit une note annulative sur l'original, qui reste chez les adels ou dans les archives du câdi.

Question XIII. Tout immeuble et en général tout ce qui fait l'objet d'un procès porté devant la justice, ne peut être vendu, parce que la délivrance en est impossible, fût-ce même au début du procès. C'est pourquoi l'on ne peut vendre la chose usurpée, puisque cela constituerait vente de ce qui fait l'objet d'un procès, à moins que ce ne soit le propriétaire qui vende à l'usurpateur.

Question XIV. Le tuteur lorsque, déclarant agir en cette qualité, il vend pour son pupille des biens immeubles ou autres, n'est pas personnellement responsable. En cas d'éviction ou de rédhibition, l'acheteur se fait rendre le prix encore disponible ; mais le tuteur qui aurait dépensé le prix de vente pour le pupille, ne pourrait être pris à partie. Le câdi qui vend est comme le tuteur, il n'y a aucun recours contre lui.

Question XV. Lorsque le tuteur vend de gré à gré pour son pupille sans avoir recours aux enchères, s'il obtient ainsi un bon résultat et s'efforce d'atteindre le plus haut prix, il peut se dispenser d'agir publiquement et à découvert,

Digitized by Google

car l'unique but poursuivi dans les enchères est d'obtenir un haut prix ; si donc il atteint ce résultat de gré à gré, cela suffit.

QUESTION XVI. Lorsque la vente immobilière est faite sous condition de renoncement à la garantie des vices rédhibitoires, la vente est valable et la condition nulle.

QUESTION XVII. Quiconque vend un immeuble au comptant peut le retenir jusqu'à ce qu'il en touche le prix, que cela ait été stipulé ou non dans le contrat. Semblablement il est permis dans une vente à terme de se réserver jusqu'à l'échéance la jouissance de l'objet vendu qui peut alors être retenu pendant la même durée.

QUESTION XVIII. VENTE DE L'IMMEUBLE HORS VUE. — On peut vendre définitivement un immeuble hors vue, dont on est propriétaire, et en toucher le prix, dans deux cas : 1° si l'immeuble a été décrit par un autre que par le vendeur, 2° s'il a été visité par l'acheteur depuis un temps assez court pour qu'il n'ait pu se modifier.

Mais si c'est le vendeur qui l'a décrit, ou s'il a été visité depuis un temps trop long pour que l'on puisse être sûr qu'il ne s'est pas modifié, la vente n'est valable que sous condition d'option après examen.

Digitized by Google

On ne peut stipuler un terme pour la délivrance de la chose hors vue. L'acheteur doit au contraire se rendre auprès d'elle, et s'il la trouve conforme à la description ou meilleure encore, le contrat l'obligera ; mais s'il la trouve inférieure, il aura le choix entre maintenir le contrat et le résilier. S'il y a contestation et que l'acheteur prétende que la chose vendue s'est modifiée, tandis que le vendeur la nie, c'est au dire de celui-ci qu'on donne la préférence.

QUESTION XIX. On peut rendre un jugement contre l'individu qui se trouve absent du siège, ou dont on ignore la résidence. Cela comprend trois cas.

1° Le justiciable est à une petite distance, un, deux ou trois jours ; la règle est alors de lui écrire et de l'inviter à fournir sa défense, quelle que soit la nature de l'affaire ; il doit comparaître en personne ou par mandataire. S'il ne le fait, il sera condamné, qu'il s'agisse d'une créance ou d'autre chose, et ses biens seront vendus, sans qu'on lui réserve sa défense pour plus tard, parce qu'il est sans excuse.

2° Absent à une distance d'environ dix jours, il sera condamné s'il s'agit de créances, mais non s'il s'agit d'une revendication immobilière [1],

[1] *Oçôl* ici est synonyme de *'aqâr* (v. p. 11, n. 1 ; v. Tuh. T., vente, sect. 2). Khalîl emploie l'autre mot, 1502.

Digitized by Google

et sous réserve de présenter sa défense ultérieurement.

3° S'il est à une grande distance, comme la Mecque de la province d'Afrique, ou Médine de l'Andalousie, il sera condamné en toute matière, mais avec réserve pour lui de se défendre à son retour.

QUESTION XX. Le câdi ordonne la vente d'un immeuble du débiteur absent du siège, en paiement de dettes constatées, et de même aussi pour la nourriture de sa femme, mais non de ses enfants.

Son jugement est subordonné à certaines conditions : constatation de l'existence de la dette et de l'absence du débiteur ; droits de propriété établis sur cet immeuble en faveur de l'absent, par témoins qui déclarent n'avoir pas connaissance qu'il l'ait aliéné ; vérification sur place par les témoins de la situation et des limites de l'immeuble [1] ; enfin serment décisif [2] du créancier, qui jure n'avoir ni reçu, ni délégué la

[1] Ce sens de *hiydzah*, qui est donné, pour le verbe correspondant, par Baussier, se trouve expliqué dans Am. à la fin du premier quart du chapitre du Jugement. La vérification est faite en présence de deux autres témoins qui la constatent.

[2] *Yamine-l-qadâ* est expliqué daus Tuh. v. 215 et Kh. Dir° 1501.

Digitized by Google

créance, ni en avoir fait donation, aumône ou remise, en aucune façon.

Voilà en abrégé ce que j'ai pu recueillir en ce qui concerne les questions proposées. Dieu très-haut est celui qui sait le mieux ; de lui vient toute assistance.

Salutations complètes de la part de l'auteur que vous connaissez, et qui appelle sur vous les grâces nécessaires pour l'accomplissement des œuvres de piété et de bienfaisance.

FIN

Digitized by Google

# TABLE DES MATIÈRES

Les nombres seuls renvoient aux articles ; avec p. devant, ils renvoient aux pages.

Accessoires, 26, 71.
Adel, p. 11, n. 2 ; p. 45, n. 3 ; p. 83, n. 1 ; p. 85, n. 1 ; p. 93, n. 1 ; p. 98, n. 2 ; p. 100, n. 1 et n. 2.
Annulation de vente, 5 ; 8 ; 9 ; 11.
Autorité de la chose jugée, p. 9, n. 1.
Bail, 18 ; 81 ; p. 66, n. 1 ; 84.
Bail de l'objet vendu non délivré, 15.
Bail d'établissement (inzal), 83 ; 91 à 96.
Bail du gage, 79 ; 80.
Bayt-el-mal, p. 33, n. 3 ; v. mineur.
Cadi, p. 9, n. 1 ; p. 56, n. 1 ; p. 61, n. 1 ; p. 78, n. 1.
Commodat, 97.
Congé en fin de bail, 90.
Condition dans la vente, 5 ; p. 64. n. 1 ; VIII ; XVI.
Contrainte, 9.
Dates, p. 17, n. 1.
Délégation, 25.
Délivrance de l'objet vendu, 7 ; 8 ; I, 3°. VIII.
— du gage, 61.
Étrangers, p. 12, n. 1 ; p. 15, n. 1 ; 107.
Fondation pieuse, p. 33, n. 2 ; v. mineur.
Frais de contrat, 108.
Garantie de l'objet vendu, 22 ; 23 ; VIII.
— du gage, 69.
— du prix de vente, 10 ; XVII.
Identité des personnes, p. 80, n. 1 ; 103, 6° ; 104.
— des immeubles, p. 105, n. 1.
Intrus (tiers sans mandat), 8 ; 12 ; 85, 2° ; IV.
Inzal, p. 67, n. 1 ; v. bail d'établissement.

Digitized by Google

Jouissance du gage, 62 ; p. 56, n. 1 ; p. 63, n. 1 ; p. 64, n. 1.
Juge, v. câdi.
Juge unique, p. 27, n. 1 ; p. 47, n. 1.
Jugement par défaut, XIX.
Juridiction (choix de la), p. 10, n. 1.
Khoulou, p. 71, n. 2 ; v. bail d'établissement.
Kirdar, p. 71, n. 2 ; v. bail d'établissement.
Loyer des biens de mineurs et assimilés, 21 ; 98.
Loyer permanent (inzal), v. bail d'établissement et p. 73, n. 1.
Majorité, p. 50, n. 1.
Mandat, 51 et s. s.
Mineur proprement dit, 4 ; 13 ; 51.
Mineur et assimilés, 6 ; 11 ; 14 ; 20 ; 21 ; 87 ; VI ; VII ; IX ; XV.
Nantissement, 60 et s. s.
Notariat, p. 93, n. 1 ; p. 98, n. 2.
Option dans les ventes, 27 à 30 ; III.
Préemption, 35 et s. s.
Prescription, p. 78, n. 1.
Prix secret, p. 31, n. 1 ; 50 ; II.
Rédhibition, 31 à 34.
Résiliation de bail, 80 ; 99.
— de vente, 36.
Titres, 100 et s. s. ; XII.
Vente, 1 et s. s. ; I.
Vente à réméré, v. jouissance du gage.
Vente de l'objet litigieux, 19 ; XIII.
Vente de l'objet hors vu, XVIII.
Vente judiciaire, 11 ; 20 ; XX.

FIN DE LA TABLE

Imprimerie de DESTENAY, Saint-Amand (Cher).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google